Título X

Teoria Tridimensional do Direito

Capítulo XXXIV

O Termo "Direito" e Sua Tríplice Perspectiva Histórica

A Intuição Axiológica do Direito

191. No domínio das ciências físicas as palavras possuem quase sempre sentido claro e unívoco, que não admite confusões. Para um físico ou um químico, os termos são, em geral, previamente estabelecidos, por ser de antemão possível realizar um acordo terminológico, máxime quando as formulações científicas se alçam ao plano da linguagem matemática ou dos símbolos convencionais.

Quando passamos, porém, para as ciências sociais ou humanas, encontramos palavras que albergam uma multiplicidade de sentidos, razão pela qual Bergson já nos disse que as palavras são prisões capazes de receber múltiplos conteúdos. É preciso, às vezes, partir tais esquemas e estruturas formais, para penetrarmos na riqueza de seus significados. A multiplicidade de acepções é, aliás, muito maior quando se trata daquelas palavras que o homem emprega com mais freqüência, porque dizem respeito a exigências essenciais à própria vida.

É fácil perceber a extrema complexidade, por exemplo, da palavra *liberdade,* assim como do termo *igualdade,* porquanto, através do tempo, esses vocábulos têm sido usados em sentidos diversos e, muitas vezes, conflitantes. A mesma coisa acontece com

a palavra *Direito,* cuja importância para a vida humana explica perfeitamente a razão de tantos sentidos que se lhe agregaram. Por serem palavras cujas raízes se aprofundam no mundo contraditório dos interesses e das preferências humanas; por estarem sempre na funcionalidade de forças inovadoras que pretendem subordinar a regularidade dos fenômenos naturais à pauta de fins almejados; por refletirem, em suma, todas as aporias da existência humana, em uma incessante experiência de estimativas, as "palavras cardeais" da cultura c da civilização (liberdade, justiça, igualdade etc.), todas elas não comportam a univocidade peculiar às coisas neutras para o mundo dos valores.

É por tais razões que as vicissitudes da palavra "Direito" acompanham *pari passu* a história do homem ou, diríamos melhor, o processar-se da *Humanitas* na História.

Qual foi a experiência humana da palavra *Direito?* Que conteúdo o homem viveu através desse vocábulo? O estudo desta *estimativa histórica* poderá revelar verdades preciosas a quem deseje penetrar na consistência da realidade jurídica. Vamos, portanto, buscar na História elementos que possam esclarecer nosso problema.

Desejamos, desde logo, notar que não nos move o preconceito evolucionista de partir de dado ponto da História, concebido como primitivo, para depois subirmos paulatinamente a outros pontos considerados como sendo a expressão do melhor. A História não apresenta, muitas vezes, essa progressão da perfectibilidade, como se assinalasse sempre uma passagem do mais rústico para o mais polido.

O preconceito evolucionista tem impedido a compreensão de muitos fenômenos culturais, como acontece, por exemplo, nos domínios da arte, onde ainda alguns porfiam em apresentar, para não dar senão um exemplo expressivo, a arte do Renascimento como o esplendor evolutivo de uma arte que teria sido rudimentar nos chamados "primitivos". Cada época, no entanto, realiza seus valores em sua plenitude e em sua autenticidade, não sendo aconselhável querer destacar uma delas como grau de um processo de ideação iluminística progressiva.

Da mesma forma, não vamos procurar na História o segredo de um Direito que se aperfeiçoou, porque não se pode *a priori* excluir a possibilidade de ter sido a raiz primordial do Direito entrevista nos primeiros contatos estimativos, numa intuição encoberta depois por experiências ligadas a elementos extrínsecos ou instrumentais.

Mostrando que este nosso estudo não tem qualquer preconceito, senão o de verificar, pura e simplesmente, como o Direito foi *vivido* pela espécie humana, vejamos que é que o homem terá entendido, de início, por Direito, ou como se lhe apresentou o problema da juridicidade.

Quando falamos em Direito, especialmente para estudantes de Jurisprudência, a primeira noção que surge é de um *conjunto sistemático de regras* obrigatórias, de normas, de leis, de comandos, que determinam a prática de certos atos e a abstenção de outros. A idéia que se impõe, de imediato, no espírito de um homem moderno, é a do Direito como *norma,* como lei ou como pauta consuetudinária de agir.

Se, ao contrário, uma pessoa de formação fundamentalmente sociológica procura entender o Direito, é levada a apreciá-lo como *jato* ou fenômeno *social,* subordinado a um conjunto de hipóteses das quais resultarão sempre determinadas conseqüências.

192. Não foi provavelmente nem a primeira, nem a segunda destas compreensões que se apresentou em primeiro lugar ao homem, quando seu espírito se entreabriu para aflorar estes problemas.

Parece-nos lícito conjeturar que o homem viveu inicialmente o Direito como experiência e o realizou como *iate social,* de envolta com os liames míticos e religiosos dos primeiros tempos, tal como a Sociologia e a Antropologia nos ensinam, pois o fato jurídico, como fato histórico ainda indefinido ou indistinto, foi concomitante ao viver do homem em sociedade. A consciência desse fato surgiu, porém, mais tarde, e muito mais tarde ainda a consciência de que tal

fato pudesse ser objeto de ciência autônoma [1].

1. Não há, pois, como confundir a história do *fenômeno jurídico* com o da "consciência estimativa" por ele provocado. Do mesmo modo se não deve confundir a história dos fatos jurídicos com a história das doutrinas. Cf. ROUBIER, *Théorie Générale du Droit,* cit., pág. 319.

Pode-se dizer que o Direito, de envolta com as demais expressões do viver coletivo, foi antes vivido como um *fato,* e, ao mesmo tempo, como um *fado* a que o homem atribuía a força inexorável e misteriosa dos enlaces cósmicos, talvez inspirado inicialmente, como sugere Cassirer, pela visão dos astros, cuja "ordem" terá sido a primeira a ser arrancada do caos das impressões, dos desejos e das vontades arbitrárias.

Aos poucos, esse vago e obscuro sentimento da ordem cósmica entrelaça-se e confunde-se com outro sentimento, relativo à ordem de seu próprio mundo, de seus atos e comportamentos.

O homem, nos tempos primitivos, é governado, como se sabe, por um complexo de regras ao mesmo tempo religiosas, morais, jurídicas, indiferençadas no bojo dos *costumes,* elaboradas no anonimato do viver coletivo, exigidas por chefes e sacerdotes. Durou milênios o processo de diferenciação das regras que hoje governam órbitas distintas de conduta, sendo possível que a consciência do justo tenha sido precedida pela da força e da astúcia.

Momento decisivo na História da compreensão humana — em certo sentido é então que começa verdadeiramente a História —, é aquele em que o fato passa a ter um *significado percebido no plano da consciência.* Quando a "imagem do mundo"' começa a adquirir vida própria, enlaçando o passado e o futuro, o homem supera o plano do fático e do natural, envolvendo-o no manto de sua imaginação criadora. Sob certo prisma, é pela imagem e pela potenciação da imagem que o homem se supera, naquilo que o ser humano possui de uniforme e de causado, inserindo, não importa se com plenitude ou não de propósitos, algo de inédito e de autonomamente projetante no processo da Natureza.

Não se estranhe, pois, que o homem não tenha admitido, senão muito tardiamente, a possibilidade de se estudarem a *ordem natural*

e a *ordem social* segundo critérios objetivos e neutros, independentemente de qualquer referência a forças transcendentes. A invocação de algo estranho à Natureza em si mesma era uma afirmação poderosa do homem: no ato de admitir, miticamente, *mais do que o natural fático,* punha o ser humano a distinção de seu próprio problema, para atualizar-se progressivamente como ser capaz de pensamento e de síntese.

Compreende-se, pois, que o Direito, no seu *substractum* fático, tenha sido eclipsado pelo Direito como conteúdo de estimativa, ligado ao *sentimento do justo,* revelado em expressões irracionais. A primeira intuição foi a do Direito — ou melhor, da "ordem social" na qual o Direito estava em gérmen, pois também ainda não se achava formalmente organizado o Poder —, a primeira imagem talvez tenha sido uma *imagem de valor, como vivência confusa de valores,* permanecendo inseparáveis a concepção do universo físico e a do mundo moral.

Conjeturando sobre as primeiras formas de *compreensão* da convivência humana, ou, mais genericamente, sobre as primeiras reações produzidas pelo fenômeno da ordem social no espírito humano — em épocas cujo início seria dificilmente determinável, oferecendo campo a múltiplas hipóteses —, podemos admitir o reconhecimento ou a aceitação de certos valores hipostasiados, o que quer dizer projetados para fora do homem e transformados em entidades por si bastantes.

Embora pareça paradoxal, a primeira conquista no plano da compreensão espiritual implicou uma alienação do homem a potestades superiores, às quais atribuiu a origem daquilo que, na realidade, brotava do íntimo de sua própria consciência. O homem, no assombro dos primeiros conhecimentos, não se pôs como fonte constitutiva do conhecimento, na autoconsciência reveladora do espírito, mas projetou fora de si, para tornar a receber como sendo gerado por outrem, o que no fundo era o fruto de suas próprias virtudes criadoras.

No primeiro contato com a ordem social, com a força dos costumes, que o enlaçava e envolvia em todos os momentos e circunstâncias; nessa "descoberta" de uma ordem que era produto de

sua própria experiência histórica, o homem não atribuiu a si mesmo a criação paulatina daquele mundo, mas o concebeu como uma dádiva da divindade, graças a cuja interferência a natureza e a sociedade eram arrancadas do caos.

Assim é que, lembra-nos Cassirer, a epopéia de Gildamés, os livros dos Vedas, a cosmogonia dos egípcios, todas elas refletem, nesse ponto, concepção idêntica. No mito cosmogônico babilônico, vemos Marduk dando combate ao caos informe, contra o monstro Tiamat. Depois de vencê-lo, o herói instaura os eternos signos que simbolizam a ordem do universo e da *Justiça,* pois tudo quanto o homem cria ainda sai de suas mãos rodeado de um mistério inescrutável [2].

2. E. CASSIRER, *Las Ciências de Ia Cultura,* cit., pág. 8.

A mesma implicação entre mito e história observamos na Grécia, onde, ao elevar-se à consciência do problema que nos ocupa, o ser humano primeiro reverenciou à deusa Justiça, receou seus desígnios, obedeceu temeroso a seus comandos, antes de se subordinar aos mandamentos jurídicos como expressão objetiva da convivência e expressão de sua atividade pessoal realizadora.

Têmis e Diké foram, entre os gregos, as personificações do sentido ideal que governa de maneira obrigatória o comportamento social. Poderíamos dizer, com as devidas cautelas, que, de início, por sua origem mítica, a *ordem humana* — na qual se englobava o Direito —, é sentida ou percebida como algo que *deve ser.* O problema do *dever ser* impôs-se na primeira intuição do homem sobre a regularidade ou pressão das forças sociais.

A Justiça é vista por uns pitagoricamente como expressão de harmonia aritmética, como proporção. Por outros, como força que liga entre si os astros e os corpos, como aquela força que determina a passagem do caos para o cosmos. A natureza é harmônica e cósmica, porque presidida pela divindade suprema segundo os “conselhos" de Têmis, que de Júpiter gerou a filha Diké, a deusa dos julgamentos, a deusa vingadora das violações da lei.

Por ser a Justiça um alvo a ser atingido, surgiu a noção do *Direito* como algo que traça uma *direção,* como comportamento enquanto *dirigido* para o ideal personalizado em poderosa divindade. Nessa intuição, o elemento mítico se entrelaça, de maneira prodigiosa, com a experiência humana empírica.

É desnecessário lembrar aqui a importância dos mitos na formação do saber humano. Platão e Aristóteles já puseram em altíssimo relevo a importância dos mitos para a Ciência, mostrando o papel que representam as hipostasizações do homem no processo do conhecimento, porquanto representam maneiras de penetrar no âmago da realidade, naquilo que a realidade tem de mais oculto. Podemos, pois, dizer que a primeira intuição do Direito foi em termos de *Justiça,* ou, se quisermos empregar palavras de nossos dias, em termos axiológicos.

Este sentimento do Direito como Justiça, como valor, como ideal, implicava a idéia de obrigatoriedade, de comando, tanto assim que o ideal se divinizou; e a Justiça foi predicado atribuído à própria divindade.

Servir à Justiça era servir a Deus, de maneira que o homem se sentiu ligado nos seus comportamentos. Os laços resultantes do ideal de Justiça foram recebidos como leis. A lei, no seu sentido primordial, é bem um laço, um enlace. O homem que cumpre a lei não faz outra coisa senão respeitar um enlace que é de natureza divina. É por esta razão que o Direito primitivo obedece a um ritual ou a um formalismo religioso, e o desrespeito ao rito eqüivale à violação do justo. O Direito, aos poucos, foi se libertando desses elementos mitológicos ou míticos, mas guarda ainda algo de seu sentido primordial.

Nós, homens civilizados — ou que nos consideramos tais —, pensamos que a obrigação jurídica é um fato intuitivo e evidente, e não nos apercebemos de quanto custou à espécie humana chegar ao ponto de compreender, por exemplo, a validade de uma obrigação jurídica por si mesma, por ser mera expressão de uma declaração de vontade.

Quando dois homens contratam e pactuam direitos e deveres

recíprocos, surge um laço que se põe por si mesmo, como oriundo das vontades das partes e em razão da lei positiva que as faculta e protege. Esta idéia é o produto de uma longa experiência histórica. A primeira expressão do dever jurídico foi de natureza mítica ou religiosa e, consoante nos esclarecem os estudiosos do Direito Romano primitivo, *obligare aliquem* significava, de início, ligar alguém por meio de fórmulas ou de cerimônias religiosas, tanto assim que *obligare* ia de par com *damnare.* A fórmula arcaica *damnas esto* significava: "que ele seja ligado a, obrigado a".

Para garantir o cumprimento de uma obrigação, sentiu-se necessidade de invocar-se uma potência externa, uma potestade divina, pois o homem só se ligava em razão de algo transcedente, razão e princípio do liame. Quando, para não dar senão um exemplo, um homem fazia empréstimo de um boi, enlaçava-lhe os chifres e confiava o laço ao interessado, invocando a proteção da divindade, a fim de que entre eles se estabelecesse um *nexo,* o que quer dizer um *nó* que somente a divindade podia arbitrariamente desfazer [3].

3, Para uma visão geral da matéria, v. James G. Frazer, *The Golden Bough,* Nova Iorque, 1943, *passim;* Henri Decugis, *Les Étapes du Droit des Origines à nos Jours,* Paris, 1946, esp. cap. V, e G. Davy, *La Foi Jurée,* Paris, 1922, *passim.* Cf. Miguel Reale, *Lições Preliminares de Direito,* cit., págs. 167-173.

A idéia de enlace ainda ficou com esse sentido em nossa experiência jurídica. Ainda falamos em "laço contratual", em "enlace matrimonial", e assim por diante. Guardamos nas palavras petrificadas o conteúdo mítico que desapareceu.

Aqui, ocorre-nos lembrar que a própria palavra *Justiça* tem em sua raiz também o sentido de *jus,* de *jungere* — unir. Os homens mais se ligaram por forças míticas do que pela autoconsciência de sua própria valia. É só através do tempo que o Direito se humaniza, no sentido de encontrar em si mesmo, no próprio homem, as razões de sua gênese. É muito controvertida, por certo, a etimologia das palavras *jus, justum* e *justitia.* Segundo alguns, derivariam do radical sânscrito *ju* (yu), que quer dizer *ligar,* como ainda se conserva nos termos "jungir" ou "jugo"; outros invocam a matriz védica *yòh,* que corresponde à idéia religiosa de salvação ou propiciação; outros

ainda aproximam, desde Grócio e Viço, *jus a* Zeus ou Júpiter. É possível que tais explicações sejam antes harmonizáveis, revelando-se que a primeira noção do *jus* expressou uma ligação propiciatória sob a proteção divina [4].

4. Sobre este problema, v. PIETRO DE FRANCISCI, *Storia dei Diritto Romano,* Milão, 1943, vol. I, págs. 327 e segs.

193. É preciso notar, entretanto, que, apesar de ter projetado para fora de si e de ter antropomorfizado estes fenômenos nas divindades de Justiça, o homem sentiu que, no fundo, a Justiça estava nele mesmo, ao colocar e compreender a Justiça também como uma *virtus.* Quando os romanos se referiam ao Direito, eles o apresentavam como *voluntas.* Há uma correlação necessária e essencial entre a intencionalidade do homem para o justo e o justo como aquilo a que o homem tende.

Quando os homens se sentiram ligados e aceitaram as leis de ligação, entenderam que elas resultavam de algo superior ao próprio homem. Na idéia primordial de lei existe sempre a consciência de uma força extrínseca à lei mesma, ditando o comando e tutelando-o. Onde se diz lei, diz-se legislador, legislador que enuncia o caminho, a direção; e também legislador que garante o cumprimento do que determina.

Não é demais recordar que o homem teve primeiro a noção de lei como "comando" ou "imperativo", para depois concebê-la como relação objetiva entre fenômenos. A noção de lei modelou--se, de início, sobre a noção de uma ligação entre ordem e obediência, pressupondo sempre a pessoa do autor da norma e a do seu destinatário: — muitas vezes inclinamo-nos a pensar que recebemos dos físicos e dos químicos o conceito de lei, quando, na realidade, foi o contrário que se deu.

Nas primeiras cogitações sobre a natureza física, os homens também foram levados a conceber um legislador governando o fato natural, como quem baixa um comando. O progresso das ciências físico-matemáticas foi assinalado pela libertação cada vez maior do

conceito de lei desse resíduo de imperatividade.

Em precioso trabalho, escrito nos Estados Unidos e intitulado *Sociedade e Natureza,* Kelsen estuda, ampla e profundamente, esta questão, mostrando como foram os cultores das ciências físico-matemáticas que transladaram para seu domínio uma noção primordialmente própria da Religião, da Ética e do Direito.

Os cultores das ciências exatas realizaram uma decantação formidável, no sentido de tornar as relações entre os fatos *meramente explicativas,* sem qualquer referência a um legislador ou a uma força estranha ao processo natural. Estes resultados foram tão grandes que os próprios juristas, por sua vez, se impressionaram: — em determinado momento cuidaram de converter suas leis em leis meramente explicativas, no que incorreram em grande equívoco. O que foi um progresso extraordinário no campo das ciências exatas, muito embora não sejam de todo isentas de coeficientes axiológicos, tornou-se deturpação nos domínios das ciências jurídicas e éticas, como já tivemos ocasião de examinar pormenorizadamente.

Explicado este primeiro ponto, perguntamos se, depois de ter-se proposto o problema da Justiça, o homem se preocupou logo com o fato da experiência humana concreta. Não. O Direito, como fato, como acontecimento social e histórico, só foi objeto de ciência autônoma muito mais tarde, em tempos bem chegados a nós, no decorrer do século passado. Trata-se, portanto, de uma ordem de pesquisas muito recente no patrimônio da cultura universal.

A perquirição metódica do Direito como fato só começa a ser especificamente estudada na época moderna. São Machiavelli, Bodin, Hobbes, Montesquieu ou Viço grandes cultores da experiência social, jurídica ou política, mas a pesquisa do Direito como fenômeno configurável objetivamente com estruturas próprias, só adquire consistência científica nos trabalhos sociológicos e históricos dos séculos XIX e XX. A Sociologia do Direito é uma cogitação recente. E por ter aparecido por último, muitos pensaram que vinha marcar o ápice de uma evolução científica, o apogeu de uma progressão especulativa. . . [5]

5. Cf. cap. XXXI.

194. Na realidade, entre a terceira fase recente e a mais antiga, colocou-se uma outra, na qual o Direito foi visto como *norma* ou como *lex*. Situa-se exatamente neste ponto o que chamamos *Jurisprudência.* A importância do Direito Romano vem daí, de ter tomado contato com o Direito como regra e de ter formulado a possibilidade de uma Ciência do Direito como *ordem normativa. A* esta ciência os romanos denominavam Jurisprudência, que não era o estudo puro e simples dos valores de Justiça, mas a indagação das concreções da Justiça no tempo, nas delimitações espácio-temporais da experiência humana. Os romanos tiveram consciência de que a Justiça se revelava no *factum* da conduta, como experiência humana.

A conhecida parêmia *ex fato oritur jus* não deve ser interpretada em sentido fisicalista, como uma causa que gera um efeito, mas no sentido do encontro do ideal do justo com o fato concreto posto como sua condição.

Parece-nos ter sido suficientemente provado, em face de algumas tentativas de reduzir-se o Direito Romano a uma geometria abstrata de normas, que os jurisconsultos romanos jamais separaram a "norma" de sua circunstancialidade fática, assim como de suas exigências ideais [6].

6. Nesse sentido, entre outros, R. Von Jhering, *L'Esprit du Droit Romain,* trad. de Meulenaere, Paris, 1886; Pietro de Francisci, *Storia dei Diritto Romano,* Milão, 1943. Este segundo autor acentua a importância para o jurista do conhecimento da relação entre elementos de estrutura e elementos finais, e da influência das mudanças destes sobre aqueles *(op. cit.,* pág. 70, nota 2).

Sob certo prisma é o sentido de concreção que assinala a grandeza dos jurisconsultos clássicos, integrando em unidade o *fato* e o *valor* graças à terceira dimensão representada pela *norma.*

Se os gregos filosofaram sobre a Justiça, desde os pré-socráticos até os estóicos, os romanos preferiram indagar da experiência concreta do justo. A experiência concreta do justo apresenta-se-lhes como *lex* ou como norma. A Justiça é um valor, mas que deve ser medido na experiência social e que, para ser medido, exige um tato especial, um senso particular. A ciência que se destina a estudar a experiência humana do justo chamou-se *Jurisprudência* — por ser o senso prudente da medida. Para o jurista romano, o que mais interessa é a *regula júris,* ou seja, a medida de ligação ou a medida do enlace que a Justiça permite e exige, de tal modo que Justiça e Direito se tornam inseparáveis, considerado que seja como um todo o conjunto da experiência jurídica [7].

7. Cf. nosso estudo "concreção de fato, valor e norma do Direito Romano clássico", em *Horizontes do Direito e da História,* cit.

A expressão *regula é* de uma clareza extraordinária, não só porque conserva a antiga raiz — *reg,* que determina a idéia de enlace ou comando —, como também porque lembra a idéia de medida e de medida em concreção.

Em português, temos duas palavras que se originam de *regulam:* — uma é regra; a outra é régua. *Régua,* segmento de direção, no plano físico; *regra,* sentido de direção no plano ético, linha de comportamento.

O princípio diretor do jurista, segundo os romanos, é a *ratio júris,* cabendo-lhe indagar de cada circunstância a sua *ratio,* a fim de estabelecer sua medida, sua *regula:* — a *ratio júris* determina a *regula júris.*

Em sentido inverso, quando a *regula júris* já é dada, a interpretação não pode se fixar apenas nos elementos literais ou gramaticais, porque deverá procurar atingir o espírito, a *ratio legis.* Foram estes elementos que habilitaram o povo romano a constituir as categorias da Ciência Jurídica.

Ainda hoje, trabalhamos com categorias ou conceitos básicos formulados por eles, operando a passagem progressiva de um saber empírico para o saber científico. Não puseram, como os gregos, o

problema do "dever ser" do Direito, mas foram homens práticos, quase pragmáticos, para os quais o Direito foi brotando dos fatos, em contato com a experiência. Mas o jurisconsulto romano jamais reduziu o Direito ao mero fato, como depois pretenderam fazer alguns sociólogos contemporâneos, porque eles viram que o jurista domina sempre o fato com a sua *voluntas,* pondo uma *regula,* que é regência segundo medida.

195. Eis aí, portanto, através de um estudo sumário da experiência das estimativas históricas, como os significados da palavra Direito se delinearam segundo três elementos fundamentais: — o elemento *valor,* como intuição primordial; o elemento *norma,* como medida de concreção do valioso no plano da conduta social; e, finalmente, o elemento *fato,* como condição da conduta, base empírica da ligação intersubjetiva, coincidindo a análise histórica com a da realidade jurídica fenomenologicamente observada.

Encontraremos sempre estes três elementos, onde quer que se encontre a experiência jurídica: — fato, valor e norma. Donde podemos concluir, dizendo que a palavra *Direito* pode ser apreciada, por abstração, em tríplice sentido, segundo três perspectivas dominantes:

1) o Direito como *valor* do justo, estudado pela Filosofia do Direito na parte denominada Deontologia Jurídica, ou, no plano empírico e pragmático, pela Política do Direito;
2) o Direito como *norma* ordenadora da conduta, objeto da Ciência do Direito ou Jurisprudência; e da Filosofia do Direito no plano epistemológico;
3) o Direito como *fato* social e histórico, objeto da História, da Sociologia e da Etnologia do Direito; e da Filosofia do Direito, na parte da Culturologia Jurídica.

Esta discriminação assinala, todavia, apenas um predomínio ou prevalência de sentido, e não uma tripartição rígida e hermética de campos de pesquisa. A *norma,* por exemplo, representa para o jurista uma integração de fatos segundo valores, ou, por outras palavras, é expressão de *valores* que vão se concretizando na condicionalidade dos *fatos histórico-sociais.*

Antes de mostrar como é que essa integração se realiza, é necessário examinar, em suas linhas gerais, algumas teorias que reconhecem o caráter tridimensional do Direito, resolvendo de maneira diversa e até mesmo contrastante as relações entre os elementos, que a análise fenomenológica da conduta já nos revelara, e que a História estimativa do Direito acaba de nos confirmar: ver-se-á, assim, a tridimensionalidade *reflexa* no plano das interpretações doutrinárias.

Capítulo XXXV

O Tridimensionalismo Abstrato ou Genérico

Espécies de Teorias Tridimensionais

196. A análise fenomenológica da experiência jurídica, confirmada pelos dados históricos sucintamente lembrados, demonstra que a estrutura do Direito é tridimensional, visto como o elemento *normativo,* que disciplina os comportamentos individuais e coletivos, pressupõe sempre uma dada *situação de fato,* referida a *valores* determinados.

É preciso observar que a unidade ou a correlação essencial existente entre os aspectos fático, axiológico e prescritivo do Direito não foi logo claramente percebida pelos juristas e jusfilósofos, os quais, como vimos, foram antes tentados a compreender o fenômeno jurídico à luz de um ou de dois dos elementos discriminados, dando, assim, origem às *teorias reducionistas,* objeto de estudo no Título IX desta obra.

Vimos, todavia, que, não obstante os propósitos de pureza metódica alimentados pelos adeptos das doutrinas monistas, o desenvolvimento mesmo de suas concepções veio a revelar os nexos que unem os três fatores, pondo o inevitável problema de sua interdependência ou correlação.

Pois bem, as primeiras doutrinas que se aperceberam desse problema, fizeram-no de modo abstrato, isto é, sem se

desvincularem integralmente de perspectivas setorizadas, mas apenas procurando compô-las numa visão final e compreensiva, entendida, por sinal, de maneira diversa e até mesmo conflitante.

Há autores, em verdade, que se limitam a reconhecer que uma *visão integral* do Direito só é obtida mediante a consideração dos três aspectos supra discriminados, entendendo alguns ser tarefa do jusfilósofo realizar uma síntese final das análises feitas separadamente pelos especialistas que estudam o Direito como *fato* (sociólogos, etnólogos, psicólogos e historiadores do Direito); como *valor* (axiólogos e politicólogos do Direito); ou como *norma* (juristas e lógicos do Direito). No fundo, o que prevalece, nesse tipo de compreensão, é o antigo entendimento positivista da Filosofia como uma "Enciclopédia do saber cientifico", com base nos resultados auferidos e aferidos em distintos campos particulares de investigação. Quando se reconhece a viabilidade dessa composição final, em maior ou menor grau, temos o que se poderia denominar "tridimensionalismo genérico de tipo enciclopédico", cuja formulação mais completa nos é dada, como veremos, pela obra de Julius Stone.

Jusfilósofos há, todavia, que não admitem possa haver conciliação entre os pontos de vista teóricos elaborados pela Sociologia, pela Ciência ou pela Filosofia do Direito, cada uma delas constituindo um campo *a se,* insuscetível de correlação, salvo no plano da ação prática ou da *praxis.* É nesse sentido que se desenrola notadamente o pensamento de Gustav Radbruch *(tridimensionalismo genérico antinômico),* bem como o de alguns autores que sofrem a influência do perspectivismo de Ortega y Gasset [1].

1. Sobre essas e outras modalidades do tridimensionalismo, cf. Miguel Reale, *Teoria Tridimensional do Direito,* 4ª ed., Saraiva, 1986, e *infra,* §§ 197 e segs. Há trad. castelhana desta obra de Juan Antonio Sardina Paranio, sob a égide da Universidade de Santiago de Compostela, 1973, mas corresponde à edição de 1968, também republicada pela Universidade de Valparaizo, Chile, na coletânea "Juristas Perenes".

Pois bem, o que denominamos *tridimensionalismo específico* assinala um momento ulterior no desenvolvimento dos estudos, pelo superamento das análises em separado do *fato,* do *valor* e da *norma,* como se se tratasse de gomos ou fatias de uma realidade decomponível; pelo reconhecimento, em suma, de que *é logicamente inadmissível qualquer pesquisa sobre o Direito que não implique a consideração concomitante daqueles três fatores.* Essa forma de compreensão da matéria veio se constituindo, a partir de 1940, coincidindo, nesse ponto, as contribuições de Sauer com as nossas [2], muito embora obedecendo a pressupostos metodológicos autônomos e distintos. Consoante se verá, nossa teoria culminará na precisa determinação da tridimensionalidade como sendo *uma das notas essenciais e características da experiência jurídica,* ponto de vista este depois compartilhado por Luis Recaséns Siches [3].

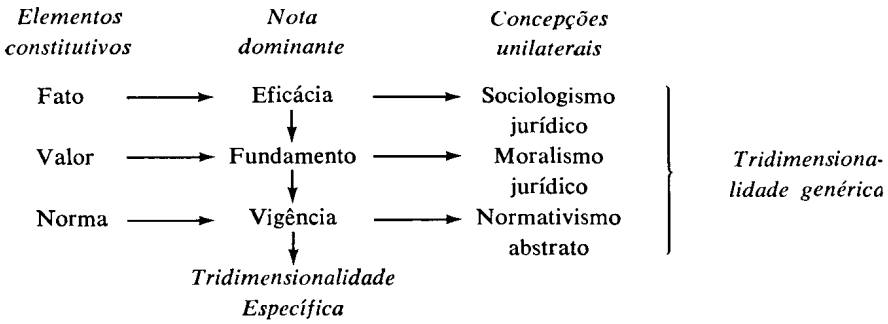
2. Cf. MIGUEL REALE, *Fundamentos do Direito,* São Paulo, 1940, sobretudo o capítulo final intitulado "ato, valor e norma", e *Teoria do Direito e do Estado,* da mesma data, *passim.*

3. Cf. MIGUEL REALE, *Teoria Tridimensional do Direito,* cit., cap. II.

Não é demais acrescentar que, assim como há várias modalidades de concepções tridimensionais genéricas, também há diferentes teorias tridimensionais específicas, merecendo realce a distinção entre as que correlacionam os três elementos numa coordenação ou composição integrante, mas estática, de perspectivas (como é o caso de Wilhelm Sauer e de Jerome Hall, aquele dando mais ênfase ao *valor;* este, ao *fato* social) e as doutrinas que entendem só ser possível aquela integração em virtude do processo dialético que governa a experiência jurídica (dialética de implicação-polaridade ou de complementariedade, no nosso entender, dialética da razão vital, segundo Recaséns Siches).

Ao longo deste capítulo e dos seguintes, melhor se compreenderão as distinções ora estabelecidas, as quais podem ser compendiadas na figura seguinte:

ESQUEMA DAS TEORIAS TRIDIMENSIONAIS



Na primeira coluna, indicamos os elementos constitutivos da experiência jurídica — fato, valor e norma; na segunda, assinalamos a nota dominante, que corresponde aos elementos discriminados com o nome de eficácia, fundamento e vigência, cujos conceitos serão a seguir estudados, elaborando noções já oferecidas nas páginas anteriores.

Como existem três elementos, surgiram as tentativas já examinadas de "setorização" do fenômeno, motivo pelo qual na terceira coluna aparecem as diversas "concepções unilaterais": o sociologismo jurídico, o moralismo jurídico e o normativismo abstrato.

Quando se procuram combinar os três pontos de vista unilaterais e, mais precisamente, os resultados decorrentes de estudos levados a cabo separadamente, segundo aqueles pontos de vista, configura-se o que chamamos de *tridimensionalidade genérica do Direito.*

Quando, ao contrário, não se realiza uma simples harmonização de resultados de ciências distintas, mas se faz um exame prévio da correlação essencial dos elementos primordiais do Direito, mostrando que eles sempre se implicam e se estruturam, numa conexão necessária, temos *a tridimensionalidade específica,* que pode ser estática, ou dinâmica e de integração.

Neste último caso, a tridimensionalidade específica do Direito resulta de uma apreciação inicial da correlação existente entre fato, valor e norma no interior de um processo de integração, de modo a abranger, em unidade viva, os problemas do fundamento, da vigência e da eficácia do Direito, com conseqüências relevantes no que se refere aos problemas básicos das *fontes do direito, dos modelos jurídicos* e da *hermenêutica jurídica.*

O Trialismo de Lask e o Monismo Neo-Hegeliano

197. Como já foi advertido, a interpretação tricotômica do Direito tem sido descortinada segundo perspectivas diversas. Na ordem cronológica, e mesmo por sua importância fundamental na história das idéias jurídicas contemporâneas, parece-nos merecer nossa imediata atenção a corrente que se prende à Escola sudocidental alemã, notadamente na diretriz de Emil Lask, Frederico Münch e Gustav Radbruch.

Em sua preciosa *Filosofia Jurídica,* Emil Lask (1875-1915), após uma análise percuciente do historicismo de base empírica e do jusnaturalismo, conclui pela necessidade de seu "superamento", por serem dois escolhos dos quais a Filosofia do Direito deve precaver-se.

O Direito Natural, escreve ele, quer extrair magicamente da absoluteza do valor o substrato empírico; o historicismo pretende extrair magicamente do substrato empírico o absoluto do valor. O primeiro, destruindo a autonomia do empírico pela hipostasização do valor, incorre no erro da a-historicidade; o segundo, olvidando o valor das normas intemporais, destrói a possibilidade mesma de toda Filosofia e de uma concepção do mundo. Mérito imortal de ambos, foi, porém, ter posto em evidência o *fático* e o *valioso.*

Isto posto, o jovem mestre da Escola de Baden, cuja trajetória iria ser violenta e prematuramente truncada na Primeira Grande Guerra, esboça todo um programa de trabalho no sentido de realizar

a síntese das correntes filosófico-jurídicas, até então contrapostas. Essa orientação prenuncia e prepara, aliás, a linha central de sua doutrina quanto à síntese necessária de "racionalismo" e "irracionalismo", "idealismo e realismo", graças ao caráter *intencional* das categorias, sempre referidas a um conteúdo real ou ideal alheio a elas [4].

4. Nesse sentido, v. sua obra fundamental *Die Logik der Philosophie und die Kategorienlehre,* 1912. Cf. G. GURVITCH, *Les Tendences Actualles de Ia Philosophie Allemande,* Paris, 1930, págs. 158 e segs.

Na *Filosofia Jurídica,* obra de 1905, ainda sob direto influxo da Filosofia dos valores de Windelband e de Rickert, e sem o fecundo contato que depois iria tomar com as contribuições da fenomenologia de Husserl e o reexame da dialética de Hegel, a solução apresentada esquematiza-se em torno da categoria de *cultura.*

Partindo da antítese entre *valor* e *realidade,* em que se debatia o neokantismo, e tentando superá-la, Emil Lask recorre ao mundo intermédio da *cultura,* nele incluindo o Direito. Este pode ser estudado sob tríplice perspectiva: como realidade impregnada de *significações normativas objetivas* (objeto da Jurisprudência ou Ciência do Direito, segundo o método jurídico-dogmático) como um *fato social* (objeto da Sociologia Jurídica, segundo o método sócio-teorético), ou ainda como *valores* ou significações, abstração feita da realidade a que aderem e que eles orientam (objeto da Filosofia do Direito, segundo o método crítico ou axiológico) [5].

5. Cf. EMIL LASK, *Filosofia Jurídica,* Buenos Aires, 1946. V. EUSTAQUIO GALÁN, *La Filosofia dei Derecho de Emil Lask en Relación con el Pensamiento Contemporâneo y con el Clasico,* Madri, 1944. V. MIGUEL REALE, *Fundamentos do Direito,* cit., págs. 180 e segs. e o "Prefácio" de CABRAL DE MONCADA à tradução da *Filosofia do Direito* de GUSTAV RADBRUCH. O pensamento de LASK foi estudado por TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ FILHO, em sua tese de doutoramento na Universidade de Mainz, lembrada na Bibliografia deste livro. Cf. do mesmo autor *Conceito de Sistema no Direito,* 1973, cit.

Daí reconhecer o alcance da distinção feita por Jellinek entre Teoria Social do Direito e Jurisprudência, segundo se considera o Direito como "um fator *real* da cultura, um sucesso da vida social",

ou como "um complexo de significações, mais exatamente, de *significações normativas,* acerca de seu conteúdo dogmático"[6].

6. *Filosofia Jurídica,* cit., pág. 63. Sobre a doutrina de JELLINEK e sua significação na história do pensamento filosófico-jurídico contemporâneo, v. nossos *Fundamentos do Direito, 2.ª* ed., cit., págs. 91 *usque* 134.

Essa contraposição ou antagonismo entre "realidade" e "significação", entre "ser" e "dever ser" só se justifica, diz ele, à luz de uma concepção *sistemática* das ciências culturais; mas uma compreensão *histórica* da cultura implica o reconhecimento de uma correlação: há um *dever ser* para o filósofo do Direito como tal, cujo caráter dimana de uma validez absoluta, em uma instância supratemporal; e há um *dever ser* para o cientista do Direito, que depende de um dado empírico, da vontade da comunidade como momento de sua validez concreta [7].

Desse modo, o momento do dado empírico, do existente de fato, não é relevante apenas para a doutrina do "ser do Direito", como parecem pensar Jellinek e outros, mas também para a doutrina do "dever ser do Direito". A totalidade dos objetos captáveis pelo Direito cobre-se de certo modo, de um manto teleológico, em uma compenetração entre significação jurídica e substrato real [8].

Discriminados, assim, os pontos de vista e as implicações entre os estudos *filosófico, dogmático* e *social* do Direito, Emil Lask conclui pela afirmação de que o objeto da Jurisprudência não é a lei, mas o Direito: "A lei, conjuntamente com o Direito consuetudinário, com a aplicação judicial da lei e com outros pontos de apoio, não é nada mais do que um dos *indícios* dos quais a Jurisprudência deve obter, mediante um esforço em parte criador, o sistema que se encontra atrás das normas realmente válidas, *queridas pelo legislador,* e portanto, completamente *positivas,* de uma época determinada e de uma determinada comunidade"[9].

7. *Ibidem,* pág. 68.

8. *Ibidem,* págs. 68 e 74.

9. *Ibidem,* pág. 87.

Eis aí, *per summa capita,* o programa esboçado por Lask que permanece nos quadros de uma ainda imprecisa *tridimensionalidade genérica,* na qual já está implícita, todavia, como a passagem *supra o* demonstra, a necessidade de uma compenetração intra-sistemática e dinâmica dos três elementos. A essa conclusão talvez o nosso Autor tivesse chegado aplicando ao mundo do Direito a sua fecunda concepção da "intencionalidade" das categorias e a correlação dialética genialmente por ele estabelecida entre matéria e forma segundo a categoria fundamental do *valor* [10].

10. Não cabe aqui desenvolver as conexões possíveis entre a dialética da implicação e da polaridade (cf. *supra,* cap. XXVI) e a de LASK, ambas distantes do panlogismo dialético de HEGEL, pelo reconhecimento do alcance do elemento alógico e material como irredutível às formas categoriais, embora suscetíveis de relativa apreensão por meio delas.

198. INTERMEZZO NEO-HEGELIANO — Da obra de Emil Lask partem múltiplas correntes, umas conservando a sua colocação tridimensional, outras procurando superá-la mediante a integração dos dois momentos (fato e norma) na unidade de um único processo de objetivação de valores, de objetivação histórica da idéia ou do *logos* da justiça. Esta segunda tendência é a que se afirma no neo-hegelismo jurídico, que assinala seus pontos mais salientes nos trabalhos de Frederico Münch, Julius Binder, Karl Larenz e Giovanni Gentile.

Na posição neo-hegeliana, resolvida a antítese entre *ser* e *dever ser,* a via que se abre é a seguida por Julius Binder, cuja passagem do neokantismo para o idealismo objetivo de Hegel revela toda a riqueza e complexidade de motivos que se encerra na concepção culturalista do Direito.

Diz um mestre dinamarquês, Alf Ross, que todas as formas de culturalismo, dada a alegada impossibilidade de explicar como a idéia ou o valor do justo possa ser constitutiva de uma ordem normativa positiva, conservando-se os dois termos distintos e heterogêneos, tenderiam à solução hegeliana, ou seja, à concepção da idéia como imanente na realidade. Nesse sentido, o professor de Copenhague lembra o exemplo de Binder, evoluindo dos

pressupostos da Escola neokantiana de Baden *(Philosophie des Rechts,* 1925) para as teses radicais de Hegel, atualizadas na *Grundlegungung Rechtsphilosophie,* de 1935 [11].

O trialismo que ainda se conserva implícito na obra de Münch, resolve-se inteiramente no monismo de Binder, fiel à dialética hegeliana da identidade dos opostos: o Direito passa a ser visto como realidade ou validade concreta, tornada insubsistente qualquer distinção entre *factum* e *valor,* só concebível de um ponte de vista abstrato e intelectualista, assim como lhe parece sem sentido "o problema do *fundamento* da validade": "o Direito é conhecido, concebido e realizado enquanto válido, e não pode ser conhecido, nem compreendido senão como Direito vigente"[12].

Essa doutrina, que tudo integra em unidade no desenvolvimento dialético do espírito, tem, de um lado, o mérito de revelar a insuficiência de um trialismo estático ou abstrato, confinado na descrição *ab extra* do fenômeno jurídico como se fosse um dado de natureza, mas, de outro, apaga ou torna insubsistentes distinções que não são meras posições abstratas do intelecto, mas refletem estruturas objetivas da realidade cultural do Direito.

É graças à dialética de complementariedade que pensamos ser possível satisfazer às exigências históricas ou dinâmicas atendidas pelos neo-hegelianos, sem se resolverem, uns nos outros, elementos que só têm significado como termos heterogêneos, embora necessariamente correlacionáveis. Só assim, ser-nos-á dado evitar o caminho já experimentado por Hegel e que, no dizer de Cassirer, sacrificou na Filosofia do Espírito o ideal ao fático e, na Filosofia da Natureza, o fático ao ideal.

11. Cf. Alf Ross, *Towards a Realistic Jurisprudence — A Criticism of the Dualism in Law,* Copenhague, 1946, pág. 38. Pensamos, no entanto, que a dialética de complementariedade, tal como se expõe neste livro, permite compreender o processo normativo do Direito sem se cair na redução hegeliana.

12. BiNDER, *La Fondazione della Scienza dei Diritto,* cit pág. 154, e *passim.* Cf. cap. anterior, pág. 451. Aliás, após dizer que "o ser do Direito consiste na sua validade", pois "um Direito não válido não é Direito", Binder acrescenta que o valer" *(Geltung)* e a "vigência" *(Gültigkeit)* são dois conceitos entre os quais não se pode estabelecer qualquer distinção *{op. cit.,* págs. 153 e 160).

199. A POSIÇÃO RELATIVISTA DE RADBRUCH — As insuficiências da tridimensionalidade genérica ou abstrata revelam-se, em verdade, na obra daqueles autores que, desenvolvendo o pensamento de Rickert e Lask, mais se mantiveram fiéis às posições de Kant.

Expressiva é, nesse ponto, a doutrina de Gustav Radbruch, cujas linhas gerais expusemos em *Fundamentos do Direito* [13] e que ora nos cingimos a examinar em seu *substractum tridimensional.*

Radbruch renova a distinção entre *realidade* e *valor,* entre *ser* e *dever ser,* acrescentando, porém, em oposição à doutrina de Stammler, não poder subsistir a simples antítese entre um e outro domínio. "Pelo contrário", escreve ele, "entre a categoria *juízo de existência* e a categoria do *juízo de valor* é preciso estabelecer ainda uma categoria intermédia: a dos juízos *referidos a valores (wertbezienhend)*; assim como, correspondentemente, entre as categorias de *natureza* e de *ideal,* é preciso dar um lugar à categoria da *cultura.* Isto é: a idéia de Direito é, sem dúvida, um valor; o Direito, porém, não é um valor, mas uma *realidade referida a valores,* ou seja, um *fato cultural".* "Deste modo", conclui o antigo mestre de Heidelberg, "transitamos, pois, dum *dualismo* para um *trialismo* nas maneiras possíveis de contemplar o Direito, se abstrairmos duma quarta maneira possível que é ainda a da sua contemplação religiosa. Ora, *é este trialismo que faz da Filosofia Jurídica uma Filosofia cultural do Direito"*[14].

13. Cf. págs. 192 e segs. da 2ª ed. da obra citada, à qual pedimos vênia para remeter o leitor, na trad. castelhana de Júlio O. Chiappini, Buenos Aires, 1976, págs. 157 e segs.

14. *Filosofia do Direito,* trad. de Cabral de Moncada, São Paulo, 1937, 2ª ed., pág. 41. RADBRUCH esclarece, em nota ao pé da página, que essa direção da Filosofia Jurídica, fundada por LASK, é representada por MAX ERNST MAYER, WILHELM SAUER, TATSOS, ADOLFO RAVÀ e KANTOROWICZ, sendo que este associa, tanto como ele, *relativismo* e *trialismo.* Sobre o culturalismo de MAYER e RAVÀ, v. *Fundamentai do Direito,* págs. 171 e segs.

Posta, desse modo, a tridimensionalidade, como característica essencial do culturalismo jurídico, Gustav Radbruch procura determinar as três maneiras por que podemos encarar o Direito. A atitude da *Ciência do Direito* é a que refere as realidades jurídicas a valores, considerando o Direito como *fato cultural;* a atitude da *Filosofia do Direito é* valorativa *(bewertend),* visto como considera o Direito como um valor de cultura; havendo uma terceira atitude, superadora dos valores *(wertüberwindend)* que considera o Direito na sua essência, ou como não dotado de essência: é a atitude ou o tema da *Filosofia religiosa do Direito* [15].

A essa discriminação deve acrescentar-se uma outra, a atitude *não valorativa,* cega para os valores, ou *wertblind,* própria da *Teoria Social do Direito,* da *História do Direito,* do *Direito Comparado* ou da *Sociologia Jurídica,* que cuidam do Direito como "fato intercalado numa série causai, como efeito e causa de outros fatos"[16].

15. *Op. cit.*. pág. 13.

16. *Op. cit.,* pág. 159. Sobre esse ponto, v. a observação de Cabral de MoNCADA na nota 1 da pág. 13. Diremos, logo mais, da impossibilidade de uma Sociologia *Jurídica* baseada em uma atitude cega para o mundo dos valores.

A Ciência Jurídica, propriamente dita, estuda, pois, não a vida do Direito, mas sim *normas* que se acham *imediatamente* referidas a valores.

Como se vê, o trialismo de Radbruch desdobra-se em um tetralismo, mas o que é mais importante ponderar é que todas as atitudes acima discriminadas, na concepção desse mestre do relativismo jurídico, conduzem a conclusões *irredutíveis* e *antinômicas.*

As pesquisas do filósofo, do jurista e do sociólogo desenvolvem-se em planos distintos, obedecendo a estruturas e a princípios metodológicos diversos, de maneira que se chega, afinal, ao reconhecimento de que há três tipos de *validade* entre si antinômicas: a *validade jurídica,* que alguns querem explicar em si mesma, por simples subsunção normativa (Kelsen etc.); a *validade social,* que o sociologismo alicerça em processos de eficácia; e a *validade ética,* cuja fundamentação objetiva era vão se tem

procurado determinar [17].

17. Cf. RADBRUCH, "Le relativisme dans la philosophie du Droit", em *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique,* 1934, 1-2, pág. 106: "Em lugar de um ato de verdade, que é impossível, o que se realiza é um ato de autoridade. O *relativismo jurídico desemboca no positivismo".* Cf. nos mesmos *Archives* o estudo de Gurvitch, *Une Philosophie Antinomique du Droit,* 1932, fase. 3-4, pág. 530.

Uma das partes mais vivas da obra de Radbruch consiste, a nosso ver, na análise do problema da *validade* segundo três pris mas distintos, revelando as antinomias em que se envolve toda apreciação puramente lógica ou mesmo lógico-transcendental dos três aspectos ou momentos da realidade jurídica.

É com grande sutileza que Radbruch distingue as teorias *jurídica, sociológica* e *filosófica* da obrigatoriedade do Direito, apontando as suas antinomias, assim como os absurdos a que chegariam, se rigorosamente seguidas. O jurista, por exemplo, que fundasse a validade de uma norma tão-somente em critérios técnico-formais, jamais poderia negar com bom fundamento a validez dos imperativos baixados por um paranóico que por acaso viesse a ser rei. Aquele que fizesse repousar o Direito em razões históricas ou sociológicas *(teorias da força, do reconhecimento* etc.) ver-se-ia obrigado a avaliar o grau de obrigatoriedade do Direito pelo grau de sua real eficácia, falho de critério para resolver em caso de conflito entre duas "ordens jurídicas"; e, finalmente, quem identificasse o Direito e o Justo, deveria rejeitar toda lei positiva contrária a seus anseios de justiça, o que nos levaria ao caos, pois não há meios científicos de determinação objetiva desse valor supremo do Direito...[18]

18. RADBRUCH, *Filosofia do Direito,* cit., págs. III e segs.

Desse modo, o tríplice aspecto da *validade* corresponde ao tríplice problema dos valores do Direito, às três exigências contidas na *idéia do Direito: justiça, certeza jurídica* (segurança e paz social) e *fim,* entre as quais a História nos revela contradições inamovíveis, não cabendo à Filosofia resolvê-las, pois "a sua missão não consiste em tornar a vida fácil, mas, pelo contrário, problemática"[19].

Daí a conclusão relativista ou cética de que todas as três formas de validade possuem um valor relativo, referindo-se, como se referem, aos problemas da justiça, das condições sociais e de ordem, nas quais se concentram todas as contradições insolúveis e inevitáveis da vida jurídica [20].

19. *Idem, ibidem,* pág. 110. PAUL ROUBIER aceita, em linhas gerais, a tricotomia de RADBRUCH segundo o prisma da "obrigatoriedade do Direito", e em função dos valores de *justiça, segurança jurídica* (autoridade, paz, ordem) e *progresso social* (felicidade, subsistência, abundância, cultura etc.). Além de preferir a expressão "progresso social", em seu esquema, o mestre de Lyon afasta-se das antinomias do relativista germânico, observando que, "se a ordem de sistematização dos valores não pode nos fornecer a chave da História do Direito e das instituições, em compensação, dá-nos a ordem de importância dos valores", de maneira que a trilogia "ordem--justiça-progresso" representaria exatamente uma ordem hierárquica de valores. Cf. PAUL ROUBIER, *Théorie Générale du Droit,* 2ª ed.. Paris, 1951, págs. 318 e segs. Ao descrever a evolução da escala gradativa dos valores que informam o Direito, ROUBIER pondera que as instituições jurídicas não se apresentam em uma série unilinear, como se o *formalismo,* baseado no valor de seguridade, fosse o modo de vida jurídica das sociedades primitivas; o *idealismo,* fundado no valor de justiça, assinalasse o modo de vida das sociedades em seu apogeu; e o *realismo,* preocupado com o bem-estar e o progresso, caracterizasse as sociedades às portas da decadência. No fundo, formalismo, idealismo e realismo entrecruzam-se, de modo que devem ser todos representados em uma sociedade em pleno desenvolvimento *(op. cit.,* pág. 320). Cf. MIGUEL REALE, *Teoria Tridimensional do Direito,* cit.

20. O relativismo de RADBRUCH foi atenuado nos últimos escritos desse eminente jusfilósofo, ao achegar-se a certas teses do Direito Natural clássico. Cf. a 4ª edição da tradução portuguesa de sua *Filosofia do Direito,* Coimbra, 1961, revista e acrescida dos últimos pensamentos do Autor, e uma nota esclarecedora de CABRAL DE MONCADA.

Fundamental, na última fase do pensamento de RADBRUCH, é a renovação do conceito de *natureza das coisas,* com imediata e larga repercussão no mundo jurídico ocidental. Cf. RADBRUCH, *Die Natur der Sach als juristische Denkform,* 1963.

Os elementos fáticos, axiológicos e normativos justapõem-se, a seu ver, em função de acontecimentos ligados às preferências de opinião refletida no livre jogo das atividades político-partidárias, dada a legitimidade em tese de todas as soluções possíveis. Fica aberto, desse modo, natural acesso à melancólica aceitação do fato consumado: "Se ninguém pode definir dogmaticamente o *justo,* é preciso que alguém defina dogmaticamente, pelo menos, o *jurídico,* estabelecendo o que deve observar-se como Direito. [. . .] Quem se acha em condições de fazer cumprir e respeitar o Direito, já com isso

demonstra que é também competente para o definir" [21].

21. *Filosofia do Direito,* cit., págs. 110 e segs. Veremos que a *positividade* do Direito é expressão necessária de exigências axiológicas a partir dos valores mais urgentes (a ordem e a paz) e que a interferência decisória do Poder não se explica em virtude da relatividade dos valores em si, mas sim pela possibilidade de múltiplas realizações concretas, todas conciliáveis com as exigências do justo.

Tridimensionalidade Implícita: Santi Romano e Hauriou

200. Fora do âmbito da teoria da cultura, é possível discriminar outras colocações jurídicas que conservam uma estrutura tridimensional, ao menos implícita, como ocorre no campo do *institucionalismo.*

À primeira vista, as posições de Maurice Hauriou e de Santi Romano, ambas marcadas por alto senso de concreção, com repúdio às teorias redutoras do Direito, ou à norma ou ao fato, deveriam ser consideradas *bidimensionais,* mas outro é o nosso modo de ver.

A concepção institucional do jurista italiano é de cunho estritamente jurídico, mantendo-se no plano científico-positivo, sem qualquer subordinação da juridicidade a critérios deontológicos. Contrário à redução do Direito à categoria das *normas,* reclamou ele, com vigor e penetração exemplares, mais atenção para *"outros* elementos, de que se não tem geralmente conta e que, no entanto, parecem ser mais essenciais e característicos"[22].

22. Cf. SANTI ROMANO, *L'Ordinamento Giuridico,* 2ª ed., Florença, 1945.

A sua tese fundamental é a de que o Direito "antes de ser norma, antes de referir-se a uma simples relação ou a uma série de relações sociais, é organização, estrutura, posição da própria sociedade na qual se desenvolve, e que ele constitui como unidade, como ente por si bastante"[23].

23. *Ibidem,* pág. 22.

Desse modo, resolve ele o fenômeno jurídico no fenômeno social-institucional e este no fenômeno jurídico, identificando-os, visto como *instituição* e *norma* nascem *"uno actu",* relacionadas em "mútua implicação", consoante expressões de Messineo, a que Santi Romano dá seu apoio, dizendo mesmo ter sido esse o teorema ou a série de teoremas que se propusera demonstrar em seu trabalho [24].

24. *Ibidem,* pág. 35, nota à 2.ª ed.

Ao ilustre jurisconsulto peninsular pareceu dispensável, dado o plano de sua pesquisa de natureza estritamente científico-positiva, propor-se o problema do valor, dos interesses ou dos fins, mas estes resultam implícitos ou subentendidos em um dos termos da *implicação* acima referida, cujo processo representa a dinâmica do Direito. Julga Santi Romano que uma pesquisa de Teoria Geral do Direito deve situar-se em um "terreno histórico-empírico", e que a correlação *instituição-norma* basta-se a si mesma no plano científico, embora sua necessidade possa também ser evidenciada por exigências de ordem filosófica [25].

25. *Ibidem,* págs. 39 e 84, notas à 2.ª ed.

Ao objetar-lhe Giuseppe Capograssi que "um ordenamento jurídico só o é, e se realiza como tal, enquanto referido a um princípio constitutivo da ação", Santi Romano não negou aquela circunstância, reiterando, porém, que o jurista pode dela prescindir, visto como "um ordenamento *é* porque *é",* e, enquanto vigora, é o ponto de partida das pesquisas do jurista, não sendo necessário ir além, em busca de seu fundamento, do "porquê" e do "valor" de sua eficácia [26].

26. Santi Romano, *Frammenti di un Dizionario Giuridico,* Milão, 1947, pág. 69. Cf. Capograssi, *Il Problema della Scienza dei Diritto,* Roma, 1937, págs. 9 e segs.

Apreciando, em outra passagem de seu admirável *Dicionário,* a função do Direito como sendo a de "estabilizar ou fixar certos momentos ou movimentos da vida social" Santi Romano abre uma

perspectiva de ordem filosófico-jurídica que deveria merecer especial atenção dos juristas.

Após ter reiterado a correlação entre fato institucional e ordem normativa, lembra "a necessidade de religar melhor em unidade superior as duas esferas, que têm sido mantidas por demais separadas e distintas uma da outra: a do *ser,* e, na categoria da atividade prática, a do *dever.* De maneira particular, acrescenta, seria útil talvez analisar melhor os caracteres de algumas conexões entre natureza e espírito, que poderiam esclarecer também as relações entre o Direito objetivo, entendido na mencionada acepção (institucional), e o Direito subjetivo, porquanto se é verdade que não há Física sem alguma Metafísica, não é menos verdade que não há Metafísica sem alguma Física"[27].

27. Cf. *Framment di un Dizionario,* cit., pág. 86.

Pouco nos adianta Santi Romano sobre esse programa de trabalho, mas não diverge, substancialmente, daquele que nos propusemos realizar desde 1939, com a diferença, porém, que jamais nos pareceu prescindível, no plano da Teoria Geral do Direito da Ciência Jurídica, a apreciação do elemento axiológico. Sem a indagação da dimensão axiológica do fato social não nos parece possível nem mesmo a correlação pretendida por Santi Romano entre fato institucional e norma jurídica. Em suma, a consideração estimativa impõe-se também *no momento da pesquisa cientifica do Direito,* sem que isto implique passagem para o plano da Filosofia Jurídica. A não ser assim, acaba-se atribuindo à "instituição", como acontece na teoria de um *valor* imanente, equiparável, por isso, ao *fato normativo* posto por Petrasisky, Jellinek e Gurvitch na base da fenomenologia jurídica.

O mesmo poder-se-á dizer, *mutatis mutandis,* da doutrina institucionalista francesa, de cunho mais sociológico, e de mais ampla e viva compreensão filosófica.

Como já tivemos ocasião de examinar em outro trabalho, o institucionalismo de Maurice Hauriou, cujas bases vieram se alargando ou se universalizando para todos os campos do Direito,

graças a Georges Renard, Jean Delos e Georges Gurvitch, representa uma poderosa força de superamento, quer do formalismo jurídico, quer do sociologismo, ao qual, porém, paga tributo talvez excessivo.

Obedecendo às exigências de concreção, que têm constituído uma das notas dominantes do nosso tempo, Hauriou revela plena consciência de que "o problema fundamental do Direito é a transformação do estado de fato em estado de direito", procurando, esclarecer as conexões entre a idéia de "ordem social" e a de "justiça", idéias objetivas que estão entre si como a maqueta de uma estátua em relação ao ideal de beleza plástica [28].

28. Cf. HAURIOU, *Précis de Droit Constiíutionnel, V* ed., Paris, 1929, págs. 36 e 51.

O ideal de justiça deve ser permanentemente colimado, mas há um limite intransponível, como o do artista que, ao retocar a maqueta, movido pelo desejo de perfeição, não deve comprometer o equilíbrio estático da obra. Uma ordem social estabelecida contém sempre certa dose de justiça, mas também ela se encontra praticamente em conflito com uma dose nova de justiça ainda não incorporada [29].

29. Cf. HAURIOU, *AUX Sources du Droit* (Cahier de Ia nouvelle journée, n? 23), págs. 28 e segs., 47 e segs.

Merece ser lembrada a distinção por ele feita entre os valores segundo um critério de *importância* e um critério de *urgência,* pois muitas vezes o Direito consagra os valores mais urgentes (acima de tudo, a segurança, a ordem, a paz) e não os valores em si mesmos mais altos [30].

30. *Idem, Ibidem,* pág. 49. Vide os artigos de GURVITCH e DELOS no I vol. dos *Archives de Philosophie du Droit,* cit., 1931; GURVITCH, *Vldée du Droit Social,* Paris, 1932, págs. 647 e segs., e A. DESQUEYRAT, *Vlnstitution, le Droit Objectif et Ia Technique,* Paris, 1933.

É historicamente, no plano da experiência concreta, que Hauriou coloca o problema da correlação entre justiça e ordem, intimamente ligadas, mas em conflito potencial, por albergar o ideal de justiça um

sentido de insatisfação renovadora e mesmo revolucionária.

Ora, essas idéias diretoras do viver comum não planam acima da vida, como arquétipos platônicos, mas se inserem na corrente da vida, penetram na realidade social, produzindo-se uma verdadeira transubstanciação, que se revela no Direito Positivo, "un composé d'ordre social soupoudré de justice"[31].

31. Cf. MIGUEL REALE, *Fundamentos do Direito,* cit., págs. 222 e segs., e a Bibliografia aí indicada. Cf. FRANCISCO OLGIATI, *Il Concetto di Giuridicità nella Scienza Moderna dei Diritto,* cit., págs. 336 e segs.

Direito, por conseguinte, não é pura norma, mas é a própria realidade enquanto integrada por uma idéia diretora que congrega as forças de quantos pretendam sua atualização. No plano jurídico as idéias tornam-se fatos sociais, como disse Delos, e incorporam-se à realidade até se transformarem em elementos do mundo exterior, em "instituições" [32].

32. Cf. JEAN DELOS, *La Société Internationale et les Príncipes du Droit Public,* 1929, págs. 80 e segs.

Como se vê, há no institucionalismo uma tridimensionalidade implícita (as "idéias" diretoras incorporam-se nas "instituições" e produzem as "regras de Direito") representando uma das expressões mais altas da adequação necessária entre os três elementos constitutivos da experiência jurídica. Não será exagero dizer-se que as idéias mais fecundas de Hauriou tornaram-se como que estáticas quando se passou a subordinar o institucionalismo à concepção clássica do Direito Natural, esvaziando-se de seu conteúdo histórico essencial.

Para concluir este parágrafo, lembraremos que uma compreensão historicista do institucionalismo, máxime por sua compreensão do significado do Poder na gênese do Direito, como momento necessário da dinâmica valor-fato-norma, coincidiria, de certa forma, com as perspectivas do que denominamos "concepção tridimensional concreta do Direito"[33].

33. Os limites que nos impusemos neste Curso impedem-nos de apreciar outras doutrinas que traduzem uma conjugação concreta entre os três elementos discerníveis

na realidade jurídica. Sem falar em eminentes sociólogos do Direito que, praticamente, ?e situam no plano dos institucionalistas, quanto aos pontos ora observados (EHRLICH, ROSCOE POUND), lembramos o exemplo expressivo de BARNA HORVATH, que não concebe o Direito apenas como forma e conteúdo, mas como "correlação de conteúdo e de forma", superando o antagonismo entre "ser" e "dever ser", "realidade" e "valor", vendo no Direito uma "combinação sinótica, mas não sintética, dos valores e dos fatos" (v. comunicação *in Le Problème des Sources du Droit Positif.* publicado pelo Instituto Internacional de Filosofia do Direito e de Sociologia Jurídica, Paris, 1934, pág. 122); e o de FRANCESCO ANTOLISEI que, nos seus *Problemi di diritto Penale.* 1940, ao examinar a questão metodológica, bate-se ardorosamente pela "concretezza" do Direito, demonstrando que o problema do *fim,* assim como o do *fato social,* não podem ser considerados metajurídicos, ou suscetíveis de serem abstraídos pelo jurista no momento da pesquisa das *normas.* Ao contrário, são problemas que se impõem em qualquer estudo realista das normas de Direito. (Cf. OLGIATI, *op. cit.,* págs. 276 e segs.) Sobre esses e outros aspectos da questão, pedimos a atenção do leitor para nosso livro *Teoria Tridimensional do Direito,* cit., e do estudos reunidos na coletânea organizada por TEÓFILO CAVALCANTI, *Estudos em homenagem a Miguel Reale,* São Paulo, 1977.

O Trialismo Perspectivístico

201. Uma expressão digna de nota na corrente tridimensional nos é dada por Legaz y Lacambra e Eduardo Garcia Máynez, ambos influenciados não só pelo culturalismo e pela Axiologia contemporânea, como pela Teoria Pura de Hans Kelsen, cujas teses procuram conciliar graças a um perspectivismo fundamental, haurido nas lições de Ortega y Gasset, e às contribuições de Nicolai Hartmann e Max Scheler.

No belo ensaio que dedicou a Hans Kelsen, Legaz y Lacambra revela a série de problemas éticos e fáticos implícitos na doutrina do mestre austríaco, afirmando que a realidade jurídica deve ser apreciada segundo três ângulos visuais distintos: o fenomenológico, o aporético e o ontológico.

Descrito o Direito em seus elementos essenciais, consoante os pressupostos fenomenológicos de Husserl, ascende-se à Aporética, que fixa e descreve as contradições que se mostram no fenômeno jurídico. Uma delas refere-se, exatamente, à *validez* do Direito, que pode ser *jurídica, ética* ou *sociológica,* cujos aspectos nem sempre têm sido rigorosamente distintos.

Como conciliar esses três pontos de vista, dado que um imperativo, formalmente válido, deve ser incondicionalmente cumprido, mesmo sendo injusto ou não tendo correspondência efetiva no viver comum? No plano aporético, não há como recusar a *igual licitude* dos pontos de vista ou perspectivas com que se focaliza a questão, no que concorda com Radbruch.

É necessário, porém, superar o plano das aporias, colocando-se o estudioso acima dos pontos de vista particulares, para abranger o Direito em seu "ser" autêntico. É o que pretende realizar a Ontologia Jurídica, não para resolver aquelas contradições, "mas sim para ter mais clara consciência das mesmas". De Metafísica, escrevia Legaz em 1933, há de bastar-nos "o *minimum* indispensável para obter a explicação clara e simples dos fenômenos: esse *minimum* é a *transcendência do ser* — aqui do ser jurídico — em face de todo objeto (Direito *justo,* Direito *puro,* Direito *vigente. . .)* e de todo sujeito (método)"[34].

34. Cf. Luís Legaz y Lacambra, *Kelsen,* Barcelona, 1933, págs. 316 e segs. Cf. do mesmo autor, *Introducción a Ia Ciência dei Derecho,* Barcelona, 1943, págs. 207 e segs.

Nos seus escritos posteriores, Legaz y Lacambra supera essas posições iniciais, estabelecendo a unidade do Direito, apresentado como "uma forma de vida social que realiza um ponto de vista sobre a justiça", — e, inspirando-se numa metafísica personalista, elabora uma doutrina do Direito Natural reconduzida às matrizes do pensamento clássico. Isto não obstante, não encontramos na obra do mestre de Madri uma plena integração dos três pontos de vista que tão nitidamente distingue [35].

35. Cf. Legaz y Lacambra, *Filosofia dei Derecho,* 2.ª ed., cit., sobretudo os capítulos sobre Direito Natural e Teoria da Justiça.

Em sentido paralelo situa-se a teoria de Eduardo Garcia Máynez, em um perspectivismo quase radical, não se limitando a distinguir três aspectos de uma única realidade, ou três espécies diversas de um só gênero, mas sustentando, ao contrário, a existência de "três

noções distintas e irredutíveis entre si": as de "Direito formalmente válido", de "Direito intrinsecamente válido" e de "Direito Positivo".

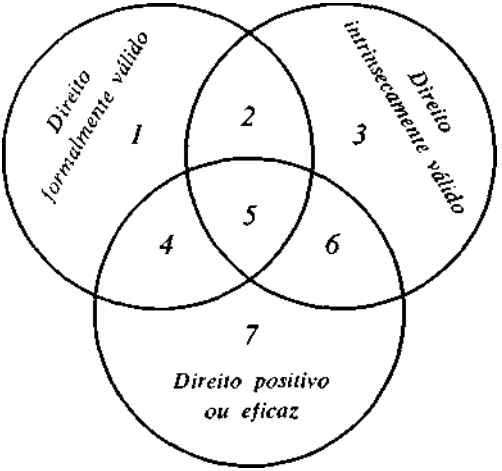
O primeiro refere-se à *vigência,* ou seja, ao conjunto de requisitos extrínsecos a que deve uma norma jurídica obedecer para ser considerada obrigatória [36]. O Direito intrinsecamente válido é o *Direito justo,* dotado de um fundamento ético, ao passo que o *Direito Positivo,* independente da validez formal e da validez intrínseca, não é senão o *Direito eficaz,* isto é, efetivamente cumprido no seio de uma comunidade.

36. Cf. GARCIA MÁYNEZ, *La Definición dei Derecho, Ensayo de Perspectivismo Jurídico,* México, 1948, págs. 17, 29 e segs. O termo *vigência é* empregado por nós comente como sinônimo de "validez formal" ou estritamente jurídica, para distingui-la da "validez ética" (fundamento) e da "validez social" (eficácia). Neste sentido, LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofia dei Derecho,* cit., pág. 503.

A positividade, segundo Máynez, não se refere ao valor objetivo, nem ao valor formal das normas de Direito, mas apenas à sua *eficácia,* correspondendo ao *fato* da observância das normas. Representa, consoante ensinamento de Kelsen, uma zona intermédia de aplicação, que não pode atingir um limite superior de *observância indefectível,* nem descer a outro inferior de *absoluto descumprimento.*

Abstração feita dessa discutível identificação entre eficácia e positividade, cuja determinação fica entregue ao particularismo dos fatos contingentes, notemos que, segundo Máynez, os três conceitos discriminados podem relacionar-se estreitamente, o que amiúde acontece, sem se implicarem, no entanto, *reciprocamente,* pois é possível Direito vigente *não Positivo,* assim como Direito Positivo *não vigente.*

Essa discriminação abstrata do Direito leva Máynez a conceber as três formas do Direito como três círculos secantes, dando lugar a sete combinações diversas, segundo esta representação gráfica:



Mais longe não se poderia levar a abstração formal, em uma *"ars" combinatória* que desatende ao dinamismo e à historicidade do Direito [37]. É de notar-se que o jurista mexicano atenua o alcance de suas conclusões quando, logo mais, esclarece que só pode haver vigência destituída de positividade, ou vice-versa, no caso de uma norma singularmente considerada, e não quanto à totalidade da ordem jurídica positiva. Não obstante essa ressalva, seu pensamento coloca-se em franco antagonismo à inter-relação ou implicação necessária apontada por vários juristas entre os três elementos da juridicidade 38.

37. GARCÍA MÁYNEZ, *op. cit.,* págs. 86 e segs. Compare-se com iguais círculos secantes, que SAUER nos oferece para indicar o Direito, a Moral e o Costume, desde que considerados (note-se) "como normas sociais *abstratas",* isto é, apenas quanto à Forma. *(System der Rechts und Sozial-philosophie,* 1949, pág. 209.)

38. Para SAUER, por exemplo, os três elementos não se colocam um ao lado do outro, como territórios limítrofes, sendo antes três braços, três lados ou três raios de um único e mesmo todo; nem podem deixar de estar ligados uns aos outros, por serem de natureza interligados. (Cf. *Juristische Methodenlehre,* cit., pág. 37.)

As delimitações, que Garcia Máynez nos oferece, esbarram com dificuldades, a nosso ver insuperáveis, mesmo no plano teorético.

Ao determinar, por exemplo, os "supostos do Direito vigente", distribui-os em três classes: *lógicos, axiológicos* e *sociológicos.* Por mais que Garcia Máynez pretenda se manter em um plano puramente formal, ao caracterizar a vigência do Direito, o exame desta questão envolve necessariamente elementos heterogêneos, não formais, como, por exemplo, "a referência à vontade do Estado", ao *fato* do Poder [39], ou o reconhecimento, como "suposto sociológico", de que "a positividade é o normal do Direito". . . [40]

39. GARCÍA MÁYNEZ, *op. cit.,* pág. 109.

40. *Idem, ibidem,* pág. 110: "Quando não se trata de um único preceito, mas de todo um ordenamento jurídico, resulta impossível aceitar a independência daqueles termos" (positividade e vigência), pois "a positividade normal do mesmo é condição imprescindível de sua existência". Ora, isto demonstra não lhe assistir razão quando sustenta que entre *vigência* e *eficácia* não há qualquer *implicação.*

Embora reiterando a afirmação central de seu trabalho de que "as notas de validez intrínseca, validez formal e positividade *não se implicam entre si",* assim como também não se excluem, a parte final do ensaio de Garcia Máynez representa uma original aplicação do objetivismo axiológico de Max Scheler e Nicolai Hartmann, no terreno jurídico, colimando uma visão unitária do Direito.

Sintetizando ensinamentos desses mestres, lembra ele que os valores, enquanto princípios éticos, têm de transcender seu ser ideal, para se introduzirem na ordem real da atividade humana, e que esta atualização só se torna possível graças à *consciência estimativa,* sendo a finalidade ou, mais precisamente, o *ato teleológico* a forma categorial de realização da conduta obrigatória [41].

41. *Idem, ibidem,* cap. VIII.

Com base nessas concepções, o mestre mexicano procura "ir além do Jusnaturalismo e do Positivismo", para superar, como já o tentara Legaz y Lacambra, os pontos de vista irredutíveis do dogmático, do sociólogo e do filósofo do Direito, assim como "a lógica imanente dessas três atitudes típicas"[42].

42. *Idem, ibidem,* págs. 197 e segs.

Para ele, os três tipos de Direito tornam impossível qualquer conciliação no plano teorético, assim como uma definição única da "juridicidade", mas não é dito que, na *órbita da ação,* não possam aqueles três elementos ser compreendidos unitariamente, desde que se reconheça "a relatividade essencial dos valores jurídicos, em conexão com as cambiantes circunstâncias de espaço e de tempo", salvando-se a objetividade dos valores mediante concessões às exigências da História: *é o desenvolvimento dialético da idéia do justo* que, nas vicissitudes concretas da experiência (reformas, revoluções etc.) possibilita a coincidência relativa, em uma única ordem jurídica, dos atributos da validez intrínseca, da validez formal e da positividade [43].

Daí a consideração final do Direito apenas no terreno prático, segundo a *relação dialética* entre a idéia de uma ordem intrinsecamente justa e a de uma organização social dotada da atribuição exclusiva de formular e aplicar os preceitos do Direito.

Um dualismo entre *teoria* e *prática* surge, assim, na concepção que estamos examinando, na qual dois mundos resultam justapostos, dominados por critérios metódicos diversos, ficando, uma ao lado da outra, a "abstração" do perspectivismo e a "concreção" de uma dialética válida apenas no plano da ação.

Uma compreensão integral do Direito, capaz de harmonizar suas exigências teoréticas e práticas, o ser e o valor, a forma e o conteúdo, só será possível, no nosso entender, se nos movermos do reconhecimento da implicação e da polaridade existente entre os elementos constitutivos do mundo do Direito, ao mesmo tempo uno e multíplice.

Essa exigência de *unidade,* sem perda de vista da *tridimensionalidade* do Direito, é essencial, e é sobre esta questão que têm sido elaborados alguns dos trabalhos de Filosofia Jurídica mais representativos das Américas [44].

43. *Op. cit.,* págs. 203 e segs.

44. Seja-nos lícito transcrever aqui o que escreveu CARLOS COSSIO, em sua comunicação ao Congresso do Chile, em 1956: "Afirmar hoje que o Direito é cultura, é referir-se a um lugar-comum. Sem embargo, esta verdade ontológica ainda não penetrou no seio da Ciência normativa do Direito, de forma a transmudar os conceitos

dogmáticos fundamentais, dando lugar a uma nova técnica judicial e forense. Afirmar, em consonância com aquela tese, que o Direito se apresenta como fato, como valor e como norma, começa a ser também *uma afirmação corrente no campo jusfilosófico.* Essa é a palavra de JEROME HALL, na América inglesa; de EDUARDO GARCÍA MÁYNEZ, na América espanhola; de MIGUEL REALE, na América portuguesa, todos eles verdadeiros príncipes da inteligência em nosso domínio". *(La Ley,* 12 de junho de 1956, pág. 4.)

Sobre a repercussão de nossa teoria da tridimensionalidade específica e dinâmica, nos meios filosófico-jurídicos, v. a resenha de RECASÉNS SICHES a nosso livro *Horizontes do Direito e da História,* em *Dianoia,* México, 1957, págs. 404 e segs.; o que escreve o mesmo Autor em seu *Tratado General de Filosofia dei Derecho,* cit., e, mais detalhadamente, em *Panorama dei Pensamiento Jurídico en ei Siglo XX,* México, 1963, t. I, págs. 553-567.

O Trialismo de Roscoe Pound e Julius Stone

202. As teorias tridimensionais genéricas até agora examinadas, apesar de seus pontos de vista divergentes, revelam, por assim dizer, um perfil cultural comum, pois todas resultam de prévias colocações metodológicas, em função de problemas universais, como, por exemplo, o da relação entre *ser* e *dever ser,* entre realidade e valor, o mundo da Natureza e o mundo da História.

Nos países de língua inglesa, ao contrário, o tridimensionalismo tem-se desenvolvido em maior contato com a experiência sociológica, obedecendo a exigências metódicas postas mais pelas conjunturas da pesquisa positiva do que à luz de pressupostos filosóficos. Nos Estados Unidos da América, tais pressupostos ficam, de certa forma, subentendidos ou implícitos no âmbito daquele amplo "naturalismo", de cunho epistemológico e pragmático, que constitui como que o lugar geométrico para o qual convergem as mais vivas expressões do pensamento *yankee, a.* que o neopositivismo veio dar nova feição, sem desviá-lo, contudo, de suas diretrizes fundamentais.

O certo é que, desde Roscoe Pound, passou-se a perceber a insuficiência das explicações unilaterais do Direito, orientando-se grande parte da doutrina no sentido de soluções marcadamente pragmáticas, sem se vislumbrar, entre *fato, valor* e *norma,* qualquer

possibilidade de conflitos ou de antinomias: a colocação do assunto no plano prático da ação levou, desde logo, os jusfilósofos do *Common Law* a superar antíteses de cunho intelectualístico e abstrato.

O que prevalece, entre os autores anglo-americanos, é antes a preocupação de ordenar em unidade orgânica, para pleno conhecimento do Direito, as contribuições alcançadas pelo filósofo, pelo sociólogo e pelo jurista, sem que qualquer deles se desvincule da especificidade da respectiva tarefa. Chegam, como se vê, embora por outras vias, a uma conclusão paralela à dos mestres da área romanística, germânicos ou latinos, sob o influxo direto ou indireto de Lask e Radbruch.

Referindo-se à nossa concepção, ao que denomina "fórmula Reale", segundo a qual "o Direito consiste de normas, cuja compreensão não é possível sem se ter em vista a sua vinculação social e os valores que nela se realizam", Josef L. Kunz escreve:

"Essa tricotomia é plenamente reconhecida por Roscoe Pound; e sobre ela se erige toda a grande obra de Stone. Também Cairns julga necessário encarar o Direito sob esses pontos de vista — o *sociológico,* o *lógico* e o *filosófico* [45]. Do mesmo modo, está essa tricotomia como base da obra de Kelsen, na qual ele delimita a sua Teoria do Direito perante uma Teoria da Justiça e uma Sociologia Jurídica"[46].

45. Cf. as obras de CAIRNS, *Law and the Social Sciences,* 1935; *The Theory of Legal Science,* 1941, e *Legal Philosophy from Plato to Hegel,* 1949. A obra fundamental de Julius STONE é *The Province and Function of Law,* 2ª ed., 1950, completada por *Social Dimensions of Law and Justice,* Stanford, 1966.

46. Cf. JOSEF L. KUNZ, *Sobre a Problemática da Filosofia do Direito nos Meados do Século XX,* cit., págs. 23 e 37.

Acrescenta Kunz que hoje vai se evidenciando, mais e mais, a conclusão de que as três formas de interpretação são necessárias à completa compreensão do Direito, tal como o declara expressamente Roscoe Pound [47], de maneira que se impõe a solução destes problemas: qual a relação entre as três, e qual a que cada uma delas e todas em conjunto mantêm com a Ciência do Direito?[48]

47. *Idem, ibidem,* pág. 29. Josef L. KuNZ lembra, a propósito, esta afirmação de VERDROSS: "A uma integral contemplação do Direito. . . só se pode chegar através da combinação desses três modos de observação".

48. *Idem, ibidem.*

Com a sua habitual clareza, Roscoe Pound pondera que as diferentes Escolas de juristas no século passado não fizeram senão observar elementos distintos do agregado complexo que denominamos Direito. Os adeptos da corrente *analítica* cuidaram exclusivamente do corpo dos preceitos estabelecidos, em virtude dos quais um resultado legal definido é ligado a uma definida situação de fato. Os juristas de tendência *historicista* preocuparam-se mais com as idéias e técnicas tradicionais e os "costumes" condicionadores de decisões conformes às exigências da vida, e, finalmente, o jurista *filósofo* foi tentado a ver mais os fins éticos, as exigências ideais do Direito, o que chamou "lei natural", como padrão de aferição de lei positiva [49].

49. ROSCOE POUND, *Law and Morals,* cit., págs. 23 e segs.

Após analisar essas três posições, o antigo mestre de Harvard conclui que os três pontos de vista ("law by enactment", "law by convention" e "law by nature") se completam reciprocamente, donde o artifício das separações radicais [50].

50. *Idem, il)idem,* págs. 113 e segs.

É ainda no âmbito da que denominamos "tridimensionalidade genérica" que se situam duas posições aparentemente antagônicas como as de Kelsen e de Stone.

Julius Stone é de opinião que há três ramos na Jurisprudência, que ele denomina respectivamente de *Analytical Jurisprudence, Sociological (or Functional) Jurisprudence* e *Theories of Justice (or Criticai or Censorial Ethical Jurisprudence)* discordando do ponto de vista de Kelsen quando exclui da Ciência Jurídica as duas últimas ordens de pesquisa.

"Alio intuitu", escreve ele, "a divisão 'Teoria Pura do Direito',

'Sociologia do Direito' e 'Filosofia da Justiça' já foi claramente estabelecida por Kelsen. Essa c substancialmente a divisão aqui adotada, se bem que Hans Kelsen a faça visando excluir as últimas do campo da Jurisprudência. Nosso propósito é, ao contrário, regularizar c consolidar o lugar de todas as três. O objetivo de Kelsen, ao pôr aquela distinção, tem sido às vezes desacreditar a Jurisprudência Sociológica ou a Teoria da Justiça como campos apropriados de indagação de natureza *jurídica."*[51].

Esclarece Stone que a Jurisprudência analítica é mera análise de termos jurídicos e uma pesquisa sobre as "inter-relações *lógicas"* de proposições jurídicas, razão pela qual poderia ser vista como uma Lógica do Direito; a Jurisprudência Sociológica tem por objeto observar e interpretar os efeitos do Direito sobre o homem e do homem sobre o Direito e, finalmente, a Teoria da Justiça destina-se a valorar em termos de *dever ser* os conteúdos, os objetos e os efeitos do Direito.

Como se vê, a posição de Stone ainda não chega ao reconhecimento de que o Direito é sempre *tridimensional em sua estrutura ou consistência,* qualquer que seja a ciência que dele cuide, devendo-se dar um sentido bem mais profundo à observação sutil de Alfred Verdross quando vê o Direito Positivo preso entre os pólos da Axiologia e da Sociologia: "Sua cabeça eleva-se até o mundo do valor, do qual só pode derivar sua validez normativa; seus pés estão plantados no firme campo sociológico da real conduta humana."[52]

51. Cf. Julius Stone, *The Province and Function of Law,* cit., pág. 30, n'? 111. Análoga tricotomia encontra-se em W. Friedmann, *Legal Theory,* 2.ª ed., Londres, 1949.

52. *Apud* William Ebenstein, *La Teoria Pura dei Derecho,* cit., pág. 71. Ebenstein aproxima com razão o pensamento de Verdross ao de Recaséns Siches, como se pode ver em *Los Temas de Ia Filosofia dei Derecho,* e especialmente em seu livro *Vida Humana, Sociedad y Derecho,* México, 2* ed., 1945. Em seu *Tratado General de Filosofia dei Derecho,* Recaséns já assume, porém, uma posição de "tridimensionalidade específica". Cf. de Verdross, *La Filosofia dei Derecho del Mundo Occidental,* trad. de Mario de Ia Cueva, México, 1962.

Capítulo XXXVI

O Tridimensionalismo Específico e a Unidade da Experiência Jurídica

A Trilateralidade Estática de Wilhelm Sauer

203. As teorias tridimensionais genéricas se, de um lado, têm o mérito de repudiar as concepções unilaterais ou reducionistas da experiência jurídica, de outro, não logram preservar a unidade do Direito, limitando-se, quando muito, a uma combinação extrínseca de perspectivas.

Na realidade, enquanto não se teve clara percepção da *essencialidade* dos três apontados fatores e de sua correlação na vida do Direito, não se atingiu o cerne do problema. Poder-se-ia dizer que, a rigor, a teoria tridimensional só se aperfeiçoa quando se afirma, de maneira precisa, a interdependência dos elementos que fazem do Direito uma estrutura social necessariamente axiológico-normativa. Como já dissemos, essa tomada de consciência do problema central verificou-se, concomitantemente, na obra do jusfilósofo e penalista alemão Wilhelm Sauer e nos nossos escritos de 1939-1940, sem que um tivesse conhecimento do outro.

São profundas as diferenças entre as nossas concepções, a começar pelo sentido universal ou cósmico do tridimensionalismo de Sauer, quando, a nosso ver, só se pode falar em tridimensionalidade com referência ao plano da *cultura,* pois, os

bens que o homem constitui, através da História, pressupõem sempre uma base *fática,* um *valor* determinante da ação, e uma *forma* ou *norma* final, consoante exposto nas páginas deste livro, destinadas à análise fenomenológica da conduta. Para Sauer, ao contrário, tanto o mundo da natureza como o da cultura são apresentados com estruturas trivalentes, no âmbito de uma concepção que já foi acertadamente qualificada de "panteísmo crítico", e cuja singularidade consiste em apresentar a realidade toda como uma combinação de "mônadas de valor", as quais dariam sentido aos fatos, expressos em esquemas formais ou normativos.

O tridimensionalismo de Sauer resulta de seu propósito de tomar contato com a vida jurídica, entendida como realização de valores, parecendo-lhe que a sua compreensão unitária só seria possível com o superamento do positivismo e do idealismo [1].

Levado por esse desejo de visão global e complexiva, reclamara, logo de início, a necessidade de estudar-se o Direito segundo três *perspectivas,* correspondentes a três ordens de saber: o filosófico, o sociológico e o jurídico-formal, cada uma delas insuficiente para uma plena captação da juridicidade. São três ramos do saber, escreve ele, que disputam o conhecimento filosófico do Direito: a Filosofia do Direito, a Jurisprudência e as Ciências Sociais. Correspondem elas a orientações em parte intercorrentes, e em parte distintas, em razão da diversidade das perspectivas e do centro de gravidade de seu processo de trabalho. Se os pontos de vista do jurista e do sociólogo são unilaterais, como simples prolongamento de suas disciplinas particulares, não pode a Filosofia Jurídica deixar de revisar as próprias conclusões à luz daqueles ensinamentos [2]. Como se vê, numa primeira fase o pensamento de Sauer corresponde ao da Escola de Baden.

1. Cf. WiLHELM SAUER, *Grundlagen der Gesellschaft — Eine Rechts-Staats und Sozialphilosophie,* 1924, págs. 32 e segs.

2. SAUER, *Lehrbuch der Rechts und Sozialphilosophie,* Berlim, 1929, págs. 11 e segs.; SAUER, "Der Universale Gedanke in der Rechtsphilosophie", *in Studi Filosofico-Giuridici dedicati a Giorgio Del Vecchio,* vol. II, pág. 365; "Sécurité Juri-dique et Justice", *in Introduction à l'Étude du Droit Compare (Recueil d'Études en VHonneur d'Edouard Lambert),* vol. III, pág. 34.

Mais tarde, essa justaposição de perspectivas suscitou-lhe um problema, o de saber se a tridimensionalidade não corresponde a uma discriminação ôntica, inerente à realidade jurídica mesma, antes de resultar de mera atitude metódica do sujeito observador. Essa indagação, repetimos, foi feita por Sauer por volta de 1940[3] ou seja, na mesma época em que o problema se configurava, em termos análogos, ao autor deste Curso"[4].

Pode dizer-se que, desde então, o trialismo ou, como ele prefere dizer, a "trilateralidade" *(Dreiseiten)* passou a representar, concomitantemente, a *ratio essendi* e a *ratio cognoscendi* do Direito na doutrina de Sauer, que se esmerou em exageros analíticos, procurando determinar tridimensionalmente uma série de questões jurídicas particulares.

Consoante já lembrado, para esse antigo mestre de Köningsberg, não só o Direito, mas qualquer objeto do conhecimento apresenta três dimensões, indicadas como sendo *Stoff (Materie), Form (Norm), Regulativ (Idee, Werty)*[5].

3. Cf. W. SAUER, *Juristische Methodenlehre,* Stuttgart, 1940, págs. 37 e segs., 214 e segs.

4. Cf. *Fundamentos do Direito,* 1.ª ed. de 1940, cit., especialmente o capítulo intitulado "Falo, Valor e Norma". Como resulta das páginas deste Curso, para nós a tridimensionalidade caracteriza apenas o mundo da cultura, enquanto que para SAUER se estende também ao piano da natureza.

5. *System der Rechts und Sozialphilosophie,* Basiléia, 2ª ed., pág. 47. Já em 1940, em *Juristische Methodenlehre,* SAUER estendera a teoria trilateral *(Dreiseitenlehre) a* todos os planos do saber *(op. cit.,* págs. 38 *usque* 42).

Na segunda edição de seu *System der Rechts und Sozialphilosophie,* de 1949, subordina, mais rigorosamente, a sua concepção tridimensional do Direito à tridimensionalidade mesma do pensamento e da pesquisa. No quadro esquemático que nos oferece da "estrutura do conhecimento teorético", são discriminadas, por exemplo, três dimensões, respectivamente, no plano das *categorias lógicas* (matéria ou fato; forma ou estrutura; lei fundamental ou valor); no plano da. *pesquisa filosófica* (vida, cultura, eternidade); no *domínio científico (Ciências da vida:* Psicologia, História e Sociologia material; *Ciências estruturais ou*

legais: Lógica, Matemática, Ética e Dogmática Jurídica; e *Ciências fundamentais:* Filosofia social. Filosofia da cultura, Gnoseologia, Metafísica etc.).

É nesse quadro gnoseológico de uma "cosmovisão tridimensional" que Sauer discrimina as províncias do conhecimento jurídico, apresentando, *verbi gratia,* a "ordem jurídica" como dimensão *formal* da "ordem vital", cujas dimensões *material* e *valorativa* seriam, respectivamente, os Costumes *(Sitte)* e a Moral [6].

Nos domínios particulares do Direito, aplica ele os mesmos cânones epistemológicos, perdendo-se em uma série de distinções que nos parecem artificiais, embora engenhosas, como as feitas ao relacionar fato, norma e valor, respectivamente, com vida, estrutura e idéia [7], de maneira que a sua tridimensionalidade se converte em "esquema de interpretação", mantendo-se em um plano estático, *desligado da experiência jurídica como processo histórico.* Não nos explica, com efeito, como é que os três elementos se integram em unidade, nem qual o sentido de sua interdependência no todo. Falta a seu trialismo, talvez em virtude de uma referibilidade fragmentada ao mundo infinito das "mônadas de valor", falta-lhe o senso de desenvolvimento integrante que a experiência jurídica reclama [8].

A correlação que Sauer estabelece entre os elementos fático e normativo graças às "mônadas de valor" — cujo conceito não chega, aliás, a determinar com a devida clareza — não vai além de uma justaposição de esferas autônomas, no fundo incomunicáveis, como bem observa Renato Cirell Czerna, redundando numa tridimensionalidade *estática* e, como tal, incapaz de dar-nos a *unidade do Direito,* reclamada pela teoria tridimensional como sua *"ratio essendi".*

6. *System,* cit., pág. 49.

7. Cf. nesse sentido, W. Sauer, *Juristische Elementarlehre,* Basiléia, 1944, pág. 53.

8. Cf. Renato Cirell Czerna, "A Justiça como História", *in Estudos de Filosofia do Direito,* 1952, págs. 119 e segs. e *Ensaio de Filosofia Jurídica e Social (Direito e Comunidade),* São Paulo, 1965, págs. 181 e segs.

204. A nosso ver, duas são as condições primordiais para que a correlação entre fato, valor e norma se opere de maneira unitária e concreta: uma se refere ao conceito de *valor,* reconhecendo-se que ele desempenha o tríplice papel de elemento *constitutivo, gnoseológico* e *deontológico* da experiência ética; a outra è relativa à implicação que existe entre o valor e a história, isto é, entre as exigências ideais e a sua projeção na circunstancialidade histórico-social como *valor, dever ser t fim.* Do exame dessas duas condições é que resulta a natureza *dialética* da unidade do Direito, como passamos a expor.

Dizemos que o valor *constitui* a experiência jurídica porque os bens materiais ou espirituais, construídos pelo homem através da História, são, por assim dizer, "cristalizações de valor", ou "consubstanciações de interesses". Na parte propedêutica deste Curso e, a seguir, nos capítulos destinados à fenomenologia da ação e da conduta, já vimos como toda atividade humana se destina a satisfazer um valor ou a impedir que um desvalor sobrevenha. As valorações são, pois, um dos ingredientes ônticos do processo cultural, inseparável da "vida quotidiana" *(Lebenswelt).*

Além disso, todo valor implica uma tomada de posição do espírito, isto é, uma nossa atitude positiva ou negativa, da qual resulta, concomitantemente, a noção de *dever (se algo vale, deve ser; se algo não vale, não deve ser)* e a razão legitimadora do ato, por estar "a serviço de um valor". Daí termos afirmado que o valor, sobre ser o elemento constitutivo da experiência ética, é a razão *deontológica* da ação, fornecendo critério aferidor de sua legitimidade. O valor realiza-se, desse modo, como uma sucessão de elementos normativos, cada um dos quais traduz as *valorações* humanas concretizadas através do tempo, sem que nem mesmo a totalidade de tais momentos normativos logre exaurir a potencialidade inerente ao mundo dos valores. Esse o motivo da essencial historicidade do Direito, como experiência sempre renovada de valores, cuja unidade só pode ser de *processus.*

Por outro lado, como será possível conhecer uma experiência ôntica e deontologicamente axiológica, senão através de *juízos de valor,* como são os próprios do intelecto enquanto procura "as conexões de sentido" das realidades humanas? O mundo da cultura, (e nele o mundo do Direito) só pode ser objeto de "compreensão": a via de acesso às realidades valiosas, aos bens de cultura como "intencionalidades objetivadas", é-nos dada pelos juízos de valor. O espírito humano, em suma, para realizar-se como valor originário (o *valor-fonte,* tantas vezes por nós lembrado) dá vida a realidades valiosas; põe e legitima o dever de realizá-las, no conjunto e seqüência do processo histórico; assim como fornece os meios adequados à sua compreensão". Isto posto, analisemos o que se passa na experiência do Direito.

204-A. VALOR, DEVER SER E FIM — O fenômeno jurídico manifesta-se ou existe porque o homem se propõe fins. Não é possível que se realize, por exemplo, um contrato, sem que algo mova os homens à ação. Quem contrata é impelido pela satisfação de um *valor* ou de um interesse, por um objetivo a atingir, por um *fim* qualquer que constitui o ato, dando-lhe vida e significado como razão de seu *dever ser.*

Um fim outra coisa não é senão um valor posto e reconhecido como motivo de conduta. Quando reputamos algo valioso e nos orientamos em seu sentido, o valioso apresenta-se como fim que determina como *deve ser o* nosso comportamento. Não existe possibilidade de qualquer fenômeno jurídico sem que se manifeste este elemento de natureza axiológica, conversível em elemento teleológico. Quem primeiro viu, no século passado, a importância fundamental da idéia de fim no mundo jurídico foi Jhering, legando-nos seu admirável *O Fim no Direito,* onde nos lembra que sem a idéia de fim não pode haver compreensão do fenômeno jurídico.

9. Sobre o papel, ao mesmo tempo, ôntico, gnoseológico e deontológico do valor, como expressão da "consciência intencional", v. MIGUEL REALE, *O Direito como Experiência,* Ensaios I e VIII e *Experiência e Cultura,* cit., capítulo VII, *"Valor e Experiência",* págs. 171-206.

Não é por outra razão que suas concepções filosófico-jurídicas podem ser apontadas como precursoras do culturalismo contemporâneo, não obstante seu empirismo fundamental [10].

Os valores, que nos movem à ação, são por nós percebidos graças a um processo inicialmente emocional, não redutível desde logo a fórmulas ou a categorias racionais. Nem tudo no valor é suscetível de ser explicado racionalmente. As vias de acesso até o mundo das estimativas jurídicas são muito complexas, e já vimos que Max Scheler nos fala de "um conhecimento estimativo, ou intuição do valioso, fundados no sentimento e na preferência e, em última palavra, no amor e no ódio"[11]. Por outro lado são, muitas vezes, impulsos emotivos, inesperadas inclinações simpatéticas que determinam nossa conduta c orientam ou contrastam nossas deliberações. Mas, para que se possa falar em *dever,* é mister que se converta em *fim,* isto é, em algo situado e representado *racionalmente* como valioso.

10. o antecedente de JHERING pode e tem sido invocado por juristas-sociólogos, por culturalistas e, em geral, por todos aqueles que propugnam a volta da Jurisprudência à realidade social, sem perda de seu signo distintivo, que é a normatividade.

11. SCHELER, *Ética,* cit., vol. I, pág. 101.

Este ponto parece-nos digno de apreciação mais demorada. O jurista não pode se contentar com uma vaga e intuitiva referência a valores, porquanto deve necessariamente elevar-se ao plano de sua *compreensão racional.* É próprio do jurista pensar em termos de segurança e de certeza, com aquilo que se costuma chamar *forma.* O Direito exige "estrutura formal", racionalidade, distinção e clareza, sem o que seria absurdo declarar-se *obrigatório* este ou aquele outro comportamento. A conversão do elemento axiológico, em fim é um trabalho de ordem racional. Quando, com efeito, consideramos algo como sendo um *fim,* com esta palavra estamos indicando e precisando *algo de valioso* a ser atingido, e cuidamos de proporcionar *meios* idôneos à consecução do resultado posto racionalmente como *objetivo da ação.*

É aqui que se põe um problema crucial, qual seja o da relação entre *valor* e *fim.* Há muito tempo — e nossa monografia sobre os

Fundamentos do Direito, cuja 1.ª edição é de 1940, bem o revela —, essa questão se coloca em plano relevante, convencido como estamos da necessidade de situar nitidamente os campos da Axiologia e da Teleologia à luz das indagações fundamentais da Ética, tais como as de Max Scheler e de Nicolai Hartmann, muito embora discordemos de sua objetivação ontológica dos valores.

No capítulo de sua *Ética* dedicado exatamente ao estudo das relações entre os fins e os valores, afirma Max Scheler que todo intento de uma Ética material resultaria comprometido "se algo só fosse valioso enquanto pudesse ser compreendido como *meio* para um fim qualquer". O grande crítico do formalismo kantiano, após reconhecer que um dos méritos irrecusáveis da Ética de Kant reside na condenação de qualquer forma de Ética que repute bons ou maus os valores na medida de certos fins, acrescenta que, se um valor resultasse de determinado fim (por exemplo: — do bem--estar da comunidade), já não poderia ser reconhecido como um valor moral em si, autônomo, porquanto teria de fundamentar o seu sentido exclusivamente no fato de ligar-se a um meio capaz de servir ao fim visado [12]. Isto posto, como explicar a ligação entre *valor* e *fim?*

Ao analisar a relação existente entre o *dever ser* ideal e os *valores,* Max Scheler afirma que ela "se rege fundamentalmente por dois axiomas: primeiro, tudo o que é positivamente valioso deve existir; segundo, tudo o que é negativamente valioso não deve existir. A conexão aqui estabelecida não é recíproca, mas sim unilateral. *Todo dever ser está fundado sobre os valores;* os valores, todavia, não estão de maneira alguma fundados sobre o *dever ser"*[13]. Acrescenta Scheler que os valores não se referem ao plano da existência humana, que só se liga ao *dever ser.*

12. MAX SCHELER, *Êlica,* cit., vol. I, pág. 61.

13. */dem, ibidem,* págs. 266 e segs.

Reportando-nos ao exposto na *Propedêutica* relativamente à Axiologia — onde pensamos ter mostrado a impossibilidade de uma separação entre o mundo dos valores e a História, discordando, nesse ponto, do ontologismo estimativo de Scheler e Hartmann [14]—, não compreendemos como os valores possam ser "dados de um

modo indiferente com relação à existência ou à não-existência, enquanto que todo *dever ser* está referido necessariamente à esfera da existência".

14. Cf. Parte I, págs. 200 e segs. deste Curso.

Ora, se "todo *dever ser* é forçosamente um *dever ser* de algo", como lapidarmente nos lembra Max Scheler, e se todo *dever ser* se funda em valores, é sinal que estes também se referem à existência humana, na sua temporalidade total, ou seja, ao passado, ao presente e ao futuro de nosso existir. No fundo, o *dever ser* é o valor mesmo em sua projeção temporal, no sentido histórico de seu desenvolvimento total, não ficando circunscrito apenas à perspectiva do futuro [15].

Concebendo os valores como existentes *em si* e *por si,* esbarra a Axiologia scheleriana ou hartmanniana em uma dificuldade, ao afrontar o problema da atualização ou realização dos valores, os quais, se fossem concebidos como simples princípios teoréticos da esfera ética ideal, não poderiam ser considerados "princípios éticos" no rigor desta expressão.

Como os valores não podem se evaporar na "essencialidade", observa Hartmann, e o *ethos* do homem tem um caráter "atual", têm eles que transcender a esfera das "essencialidades" e dos objetos ideais e inserir-se no mundo flutuante dos atos morais. Como essa transcendência se opera é uma questão metafísica que a Ética pode ignorar, bastando-lhe o fato irrecusável de que os *valores atuam,* como é atestado pela consciência [16].

15. Quanto às passagens de SCHELER citadas no período *supra,* v. *op. cit.,* pág. 267. Como se vê, reiteramos, no texto, nossa opinião de que a *objetividade* dos valores não exclui, absolutamente, sua referibilidade ao plano da consciência. Neste sentido, cf. W. MARSHALL URBAN, *The Intelligible World, Metaphysics and Value,* Londres, Nova Iorque, 1929, pág. 151, para quem os valores "existem" (tomado este termo em sua acepção ampla) "só para pessoas ou para vontades", com uma "existência imperativa".

16. Cf. Nicolai HARTMANN, *Ethics,* cit., vol. I, cap. XVII, págs. 236 e segs.

Daí a distinção que Hartmann amplamente desenvolve entre *dever ser ideal* e *dever ser atual* ou *positivo,* representando o

primeiro a simples afirmação de que o valioso deve ser, sem expressar, com isto, uma *obrigação;* enquanto que o segundo, referindo-se à ordem da realidade, insere-se no plano da existência, convertendo-se em conduta valiosa c imperativa graças ao homem, à sua "consciência estimativa". Ao comparar as conexões entre os seres ideais e a realidade, graças à adequação dos homens àqueles arquétipos ideais, o mestre germânico aponta as diferenças que passam entre as "estruturas lógicas ideais" e os "valores". Se as primeiras apenas se ajustam ou não aos fatos sem influir sobre eles, permanecendo indiferentes ou inertes, já os segundos não ficam indiferentes aos fatos que se lhes contrapõem: a consciência moral sente aquela oposição, nega o que a contradiz, contrapõe ao "real" a sua própria estrutura, na forma de um *dever ser* [17].

17. *Ibidem,* págs. 232 e segs.; cap. XVIII, págs. 247 e segs.

Consoante nosso entender, nada há que objetar a essa caracterização atuante e positiva do valor perante o real, mas ela só nos parece possível desde que se admitam dois outros princípios: que os valores não são simples *objetos ideais;* que não há valor ou *dever ser* indiferentes ao plano da existência, visto como todo valor em si é condicionante da experiência histórica e na História se revela, sem que esta esgote suas virtualidades estimativas.

O homem não é apenas o *mediador* entre a esfera ideal do valioso e a realidade, porque os valores se manifestam no ente Homem, único ente em que a Ontologia e a Axiologia confluem, visto como só ele *é* enquanto *deve ser,* e *deve ser* por ser o que *é.* Como é na História que se realizam os valores, podemos concluir que *todo fim constitui a determinação do dever ser de um valor no plano da praxis.*

O problema da anterioridade lógica dos valores é também o problema de sua objetividade, pois são os fins que, como expressão do *dever ser,* devem pressupor os valores: se assim não fosse, todos os fins acabariam por ficar à mercê das múltiplas inclinações subjetivas em conflito.

Não cabe aqui por certo discutir se a objetividade pressupõe necessariamente uma esfera ontológica autônoma de valores, ou se

ela se compreende, como nos parece mais aceitável, nos quadros de uma doutrina que supere as posições, tanto do subjetivismo como do ontologismo axiológicos, sendo os valores concebidos como algo de inseparável dos seres a que dão sentido e significado, assim como do processo espiritual em que a significação mesma se constitui. É esse processo espiritual que, em sua universalidade, condiciona as relações e as estruturas culturais, tornando-as, assim, irredutíveis a qualquer processo de ordem puramente psicológica, emocional ou não. Por serem momentos ou dimensões do espírito o qual outorga sentido aos entes, é que os valores não se resolvem, nem se esgotam na experiência de um sujeito empírico, embora não possam prescindir da experiência subjetiva. Daí a insuficiência do psicologismo estimativo, máxime quando praticamente subordina a idéia de valor à idéia de fim suscetível de realização em função de meios idôneos. É por serem dimensão essencial do espírito em sua universalidade, que os valores obrigam, obedecendo o homem, no fundo, a si mesmo, à *Humanitas* revelada no fluir da experiência histórica.

Talvez não esteja distante deste pensar a tese hartmanniana sobre o homem "mediador entre o valor e a realidade", porquanto nos mostra que o homem não se limita a discernir ou sentir o vahoso, mas tem o poder de decidir, de "tomar uma atitude com referência ao que compreende", por ser a *liberdade* fulcro do mundo das estimativas. É esse poder de transformar as exigências do ideal em forças modeladoras do existente que a seu ver assinala a grandeza de nossa espécie [18].

18. Cf. *Ethics,* cit., vol. III, cap. I, págs. 19 e segs.

Abstração feita, todavia, dessa diferença na maneira de situar os valores, não resta dúvida que há um manancial precioso de ensinamentos na obra de Max Scheler e de Nicolai Hartmann para quem pretenda compreender a experiência jurídica nos seus enlaces de *valor, dever ser* e *fins,* sem os quais a tensão entre *fatos* e *valores* não atinge o momento da *normatividade jurídica.*

De grande alcance se nos apresentam, assim, as observações de ambos para a compreensão da integração normativa que será

examinada no capítulo seguinte, tomadas, porém, as suas teorias como ponto de partida para uma compreensão ao mesmo tempo *histórica e axiológica.*

Nomogênese Jurídica

205. Não resta dúvida que seria errônea qualquer redução do *dever ser* ao rumo de um processo causai de valorações, como se, dado um valor, deste só pudesse resultar um único "dever ser". Se a experiência axiológica obedecesse às linhas de um determinismo de valorações, a História do homem, e a História do Direito, em particular, não apresentariam tantos contrastes e contradições. Se todo valor implicasse uma só e única forma de *dever ser,* dando sentido à experiência humana e nela e por ela se realizando, deveríamos chegar à conclusão de que o *dever ser* da existência obedeceria, em última análise, mais a tendências e inclinações empíricas e contingentes do que à *vis attractiva* dos valores concebidos como "fontes de ação".

Eis por que, a nosso ver, *valor, dever ser* e *fim* são momentos que se desenrolam na unidade de um processo, que é a experiência total do homem, processo este que não é unilinear e simétrico, mas antes denso de coerências e contradições, de avanços e recuos, de pausas e de acelerações de ritmo, de serenidades e de crises, obedecendo sempre a um ideal de adequação entre realidade e valor, ideal perene, porque conatural e próprio do homem, o único ente que, originariamente, *é* enquanto *deve ser,* com poder de transfundir essa qualidade aos "bens culturais" que instaura.

Pois bem, o Direito insere-se nesse processo de integração do *ser* do homem no seu *dever ser,* representando um de seus fatores primordiais, sendo, como é, uma das mais poderosas tomadas de contato do homem com o *dever ser* de sua existência individual e social, em uma clara postulação de fins.

Necessário é, pois, ponderar que o momento normativo da conduta como "conduta jurídica" corresponde à formulação racional de uma preferência, a uma "medida de agir" em função de valores a realizar ou a preservar, de modo que a normatividade implica uma

tomada de posição, uma *voluntas* que põe, concomitantemente, a exigência de meios adequados.

O *fim* não pode ser concebido sem o *valor,* mas é também certo que a idéia de fim é sempre o termo de um processo de compreensão racional, porque quem diz fim, diz também mediação, ou seja, diz também *meio.* Quando nos propomos algo como fim, estamos reconhecendo a possibilidade de existirem meios para atingirmos um resultado: — o nexo ou relação de meio a fim é sempre nexo racional, pois implica a verificação de que certo fato funcionará como "condição" ou "causa" de uma conseqüência previsível.

Ninguém melhor do que Hartmann cuidou dos problemas postos pelo "nexo teleológico", ao mostrar-nos que, na atualização dos fins, os meios funcionam como causas e os fins correspondem aos efeitos. O processo finalístico é dependente do causai, não podendo existir ação, cuja estrutura é sempre teleológica, a não ser em um mundo causalmente determinado.

Desde Kant se sabe que é possível a coexistência de determinismo e liberdade, mas é preciso acentuar, mais e mais, que "uma vontade livre com o seu modo finalístico de eficácia é somente possível em um mundo determinado causalmente. Semelhante mundo — ontologicamente considerado — não se situa em relação antitética para com a liberdade da vontade"[19].

19. HARTMANN, *Ethics,* cit., vol. III, págs. 77 e segs. Cf. nossas observações sobre esta matéria em *O Estado Moderno,* São Paulo, 3ª ed., 1935, págs. 41 e segs.

Desse modo. dá-se a interferência da *vontade* na ordenação dos fins e na ordenação dos meios, donde a necessária inserção do *Poder* no processo mesmo da normatividade jurídica. É, com efeito, através de um processo ao mesmo tempo axiológico e teleológico. que surge a *norma de Direito,* a qual se apresenta, formalmente, como esquema geral de opção pela conduta *reconhecida* de valor positivo e. como tal, preservada; ou então de valor negativo e, como tal, vedada [20].

20. O ato de *reconhecimento é* por nós apreciado aqui apenas quanto à correlação valor-fim, que assinala um momento culminante da experiência axiológica.

Poder-se-ia, no entanto, observar, com WILBUR MARSHALL URBAN, que o

reconhecimento *(acknowledgement, anerkennen),* ou melhor, o "mútuo reconhecimento" é um dos aspectos essenciais do valor, condição de sua comunicarão inteligível. *(The Intelligible World,* cit., pág. 144.)

Sobre a inserção do *Poder* no processo nomogenético, v. os complementos do parágrafo seguinte, no qual se esclarece em que acepção especial se emprega, aqui, a palavra *Poder,* como "ato decisório munido de garantia específica."

Imagine-se um legislador diante de uma situação de fato a que deva atender com providências normativas: — o ato de legislar implica consciência especial dos problemas, uma característica "atitude de dever ser", isto é, a certeza de que lhe cabe "optar", eleger uma via, da qual resultará a tutela de um campo de interesses reputados legítimos. Não se trata de um sociólogo dedicado a descobrir conexões entre os fatos, nem de um psicólogo empenhado em seguir os reflexos de um ato ou de uma deliberação do plano da vida interior: — o momento de legislar tem significado próprio enquanto alberga sempre um sentido de "dever ser" ao qual é inerente uma *opção* entre diversas vias possíveis.

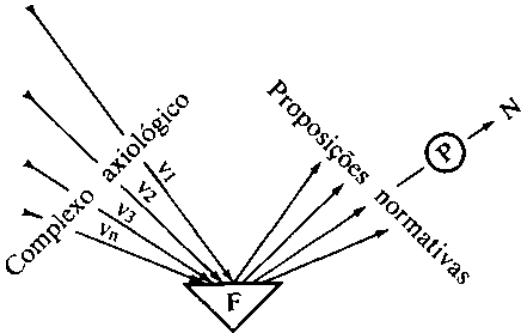
O estudo do fato raramente é simples, oferecendo, ao contrário, múltiplos graus de complexidade, o que reveste a obra legislativa de crescente caráter técnico. Pense-se, por exemplo, no fenômeno universal da crise edilícia, na carência de prédios para comércio e residência, reclamando o Estado leis excepcionais de amparo aos inquilinos sem ofensa ao direito de propriedade. Eis um fato que se oferece à cogitação e à estimativa do legislador, exigindo dele grave opção, um conjunto de medidas que envolvem pressupostos de ordem teorética e um atento exame de todos os elementos e circunstâncias, desde os fatores de natureza social, aos de caráter econômico e financeiro, como os decorrentes do êxodo rural e do crescimento vertiginoso e desproporcionado dos centros urbanos. A tais fatores acrescente-se também o próprio Direito já existente, garantidor de interesses e pretensões individuais, e temos toda a complexidade do quadro dentro do qual se processa a obra legislativa.

O *fato,* Dor conseguinte, que condiciona o aparecimento de uma norma jurídica particular nunca é acontecimento isolado, mas um

conjunto de circunstâncias, estando o homem rodeado por uma série de fatores que solicitam sua atenção, provocam sua análise e despertam atitudes de reação ou de aplauso, de simpatia ou de repulsa. É por isso que, na 4ª edição de meu livro *Teoria Tridimensional do Direito,* acrescento um capítulo final dando realce ao conceito husserliano de "vida quotidiana" *(Lebenswelt),* no qual estamos todos imersos, os legisladores, os juizes e os juristas enquanto homens comuns.

Por outro lado, verifica-se a mesma complexidade quando se examinam os múltiplos *valores* que condicionam o ato de escolha de determinado grupo de regras jurídicas, ou até mesmo de uma única norma de direito, ficando prejudicadas as demais vias possíveis. Há, pois, um complexo de fins e valorações, uma série de *motivos ideológicos* (diversidade de pontos de vista programáticos ou doutrinários, assim como divergência ou conflito de interesses de indivíduos, grupos e classes sociais) condicionando a decisão do legislador, cuja opção final assinala o momento em que *uma das possíveis proposições normativas se converte em norma Jurídica.*

Podemos comparar, para facilidade de compreensão, o "campus" nomogenético à imagem (fig. *infra)* de um raio luminoso



Complexo fático

(impulsos e exigências axiológicas) que, incidindo sobre um prisma (o multifacetado domínio dos fatos sociais, econômicos, técnicos etc.), se refrata em um leque de "normas possíveis", uma das quais apenas se converterá em "norma jurídica", dada a interferência do Poder.

É, repito, a co-participação opcional da autoridade (seja ela a de um órgão legislativo ou judicante, ou ainda o poder difuso no corpo social) que converte em norma, armando-a de sanção, uma dentre as muitas vias normativas possíveis, dando, assim, origem a um *modelo jurídico,* que é uma estrutura normativa da experiência destinada a disciplinar uma classe de ações, de forma bilateral atributiva. O modelo jurídico assim positivado é momento de um processo, podendo sofrer alterações semânticas através do tempo. Tais mudanças de sentido, ligadas ao caráter criador do ato interpretativo, eqüivalem a verdadeiras criações normativas, independente da providência, às vezes tardia ou desnecessária, da revogação parcial ou total da norma originariamente formulada.

Cada modelo jurídico, em suma, considerado de per si, corresponde a um momento de integração de certos fatos segundo valores determinados, representando *uma solução temporária (momentânea ou duradoura) de uma tensão dialética entre fatos e valores, solução essa estatuída e objetivada pela interferência decisória do Poder em dado momento da experiência social.*

No exemplo que demos, a decisão é do poder estatal expresso através de órgãos determinados (Congresso e Presidente da República) , mas o *ato culminante de decidir,* sem o qual não se instaura direito novo nem se altera substancialmente direito antigo, pode ser também o resultado do *poder social difuso* em uma comunidade, visto como o chamado direito costumeiro não é senão a consagração de reiterados *atos anônimos de decidir.* Pode ainda um modelo jurídico resultar no plano privado, em virtude de atos fundados na *autonomia da vontade:* temos, então, os *modelos negociais,* ao lado dos *legais, consuetudinários* e *jurisdicionais.*

Ora, é esse caráter *concreto* da norma jurídica, em razão de seus enlaces fáticos e axiológicos, que corresponde ao *"ser de situação"* que é o ser humano.

O homem não pode ser concebido como um ente solto, ou isolado, no espaço ou no tempo. Vivemos, em maior ou menor medida, em função do já dado, sendo as inovações, por mais radicais que nos pareçam, sempre dependentes de condições e eventos que se situam atrás de nós no tempo e estão presentes na particularidade do

mundo que ora nos circunda. Daí dever dizer-se que o homem que interessa ao Direito não é um abstrato *homo juridicus,* mas um ser concreto, que carrega consigo todas as suas circunstâncias. Não podemos erradicar o homem do meio social, do condicionamento histórico em que existe e tenta realizar-se. Sem atendermos à condicionalidade histórico-social do homem como personagem do Direito, arriscamo-nos a mutilar a experiência jurídica, privando-a de uma de suas características fundamentais.

Quando dizemos, pois, que no Direito existe um elemento de *fato,* não nos referimos a determinado fato empírico, mas ao complexo de todas as circunstâncias já positivadas na experiência jurídica, como um sistema vigente de forças, de natureza psicológica, histórica, econômica, geográfica etc.

É, por conseguinte, num condicionamento fático e axiológico que se processa a gênese da norma de Direito: — a regra jurídica, em verdade, representa o *momento conclusivo* de um processo espiritual de natureza dialética, no qual o fato passa pelo crivo ou pelo critério das estimativas do Poder e se consubstancia nos esquemas de fins que *devem* ser atingidos.

Processo Normativo e Poder

206. Se, na experiência jurídica, *o fato* e o *valor* não se compõem sem a interferência do *Poder,* é mister determinar melhor o papel deste no processo nomogenético.

O aparecimento de cada regra jurídica marca o momento culminante de uma experiência jurídica particular, a qual é solidária das demais através de conexões múltiplas, umas aparentes e facilmente identificáveis, outras subentendidas ou ocultas nas tramas das relações sociais. Daí poder-se dizer que os valores são como que fachos luminosos que, penetrando na realidade social, se refrangem em um sistema dinâmico de normas, cada uma delas correspondente a uma *decisão.*

O fenômeno cultural, já o dissemos várias vezes, implica sempre uma nossa atitude positiva ou negativa em face dos "dados da

natureza", assim como uma reelaboração ou reafirmação de atitudes passadas, ante o que se poderia, *cum grano salis,* denominar os "dados na História". Cultura, no fundo, não é outra coisa senão o conjunto das *posições do espírito,* e de suas projeções, em face da natureza e da vida. Homem culto é aquele que tem o seu espírito aberto às vibrações múltiplas dos valores, sendo tanto mais culto quanto maior sua capacidade de tomar posição perante as estimativas humanas; o homem pronto a entusiasmar-se diante de um quadro de Rembrandt ou ao ouvir um concerto de Bach; que sabe examinar com interesse a expressão gráfica de um problema econômico ou as conquistas da Ciência e da Técnica, é um homem culto. É tanto mais culto quanto mais rica sua compreensão de valores, o que não quer dizer que cada homem não possa ou não deva desenvolver sua vocação específica, concentrando em um setor da experiência as energias de seu espírito. O verdadeiro especialista, no entanto, não se estiola em uma visão parcial da vida, mas enriquece o seu mundo com as perspectivas de outras imantações axiológicas.

Muitos julgam que o homem livre é o trancado em si mesmo, ligado apenas pelo círculo de seus interesses, quando, na realidade o homem é tanto mais livre quanto mais multiplica os seus pontos de contato ou de interferência com outros grupos. George Simmel, desenvolvendo estudos a respeito da matéria, diz que a personalidade se multiplica em função do número de círculos sociais de que o indivíduo é partícipe, o que deve ser entendido no sentido de "participação" efetiva e autêntica, nada tendo que ver com o borboletear inconstante que assinala os seres superficiais e medíocres.

Todos, em geral, temos um centro axiológico de gravidade, que garante o equilíbrio de nosso ser pessoal. É uma garantia de especificação, assim como de co-participação criadora, de comunhão com os demais seres e seus problemas. Tomar posição é encontrar-se, e esse encontro envolve sempre uma referência a algo que se põe como válido em relação a nós mesmos.

Esta aparente digressão tem por fim demonstrar que uma *tomada de posição* é inseparável de toda experiência axiológica,

manifestando-se, tanto no plano individual como no coletivo, como um *ato decisório,* resultante de um *ato de preferência* entre valores.

Por aí se vê que o problema do *Poder* não deve ser concebido sem conexão com a experiência axiológica, como se fosse uma força material geradora das regras de direito: — a exigência axiológica, que determina pautas de agir, põe, *concomitante o paralelamente, o* problema de sua garantia, como se esclarecerá logo mais, envolvendo e delimitando o Poder que participa do processo normativo.

Toda regra jurídica é resultante de uma escolha, às vezes identificável no espaço e no tempo, muitas vezes oculta nas dobras dos usos e costumes. O físico, quando examina fatos, não escolhe nem põe uma lei que inove em relação aos fatos mesmos, mas procura explicá-los com rigor, graças ao seu poder de integrar em sínteses ordenatórias os elementos dispersos e fragmentários do real. O físico só cria na medida em que apreende, explica e sintetiza os fatos; mas o legislador cria na medida em que escolhe e decide, armando de força a escolha feita, a qual pode ter por fim contrapor-se a um fato, como o da criminalidade. Toda norma legal é uma opção entre vários caminhos, pois não é dito que só haja uma via legitima perante uma mesma exigência axiológica, numa dada situação de fato.

A correlação essencial entre *nexo normativo* e *Poder* é de suma importância para uma compreensão realista do Direito, devendo notar-se que a decisão, que é a alma do Poder, não se verifica fora do processo normativo, mas inserindo-se nele, para dar-lhe atualidade ou concreção: o *Poder,* no fundo, é um ato decisório munido de garantia especifica.

Seria errôneo, no entanto, asseverar que o Direito seja fruto de mera decisão. O *decisionismo,* que tende a exagerar o fator volitivo ou de opção na gênese do fenômeno jurídico, incide no engano de conceber a decisão como um ato isolado, destacado do conjunto das circunstâncias sociais e dos motivos axiológicos que cercam quem deve decidir, olvidando que quem decide, por mais força que detenha, è também condicionado pelo "mundo da vida quotidiana" *(Lebenswelt)* em que se acha situado.

A liberdade implica, sempre, limites, e toda decisão constitui momento vertical em um processo de estimativas, que se converte em *processo normativo.*

A norma de direito envolve, na realidade, um fato que, iluminado por valores, dá lugar a uma atitude humana e a uma decisão. Daí, repetimos, a importância do problema do *Poder* no processo de formação de cada complexo de relações jurídicas, visto como existe sempre um ato de *decisão,* de opção e de ação conseqüente, marcando o surgimento da norma, no quadro das múltiplas vias de possível e legítimo acesso ao mundo dos valores.

Não assiste razão a Radbruch quando diz que é a impossibilidade de determinação d*o justo,* ou, por outras palavras, a "incognoscibilidade do Direito justo" que funda e legitima a validade do Direito Positivo: — "Se não é possível fixar e *estabelecer* aquilo que é justo, deve ao menos ser possível *estabelecer aquilo* que ficará sendo o Direito, e isso deve estabelecê-lo uma autoridade que se ache em condições de poder impor a observância daquilo que precisamente foi estabelecido"[21].

É certo que o Poder consagra a norma e a torna efetivamente obrigatória, mas a obrigatoriedade do Direito Positivo não resulta, a nosso ver, da incognoscibilidade dos valores do justo, e sim da relatividade de suas possíveis projeções concretas.

Consoante observa Max Scheler, a relação entre os valores e as normas tem como conseqüência um fato básico para a Ética em geral, bem como para a história das idéias morais: — "Todos os imperativos e normas podem *variar,* embora se reconheçam os *mesmos valores,* não só ao longo da História, como nas diversas comunidades; podem inclusive ser variáveis, contendo os mesmos princípios ideais de *dever ser.* (...) Essa possibilidade de variação dos imperativos, que contém os mesmos valores (inclusive quando se expressam em iguais princípios de *dever ser* ideal), acentua-se em certas circunstâncias, a tal ponto que podem se basear em valores iguais imperativos que expressam coisas opostas"[22].

21. Radbruch, *Filosofia do Direito,* cit., págs. 27, 103 e 118. No fundo, é o pensamento de relativistas como Jellinek, Max Weber ou Kelsen. Cf. William EbensTeiN, *La Teoria Pura dei Derecho,* cit., pág. 133.

22. Max Scheler, *Ética,* cit., vol. 1, pág. 276.

Compreende-se, desse modo, que a variação dos valores *in concreto* não compromete sua objetividade. A atualização dos valores depende sempre do exame das circunstâncias e de critérios contingentes de conveniência e oportunidade, dos quais decorre a preferência por esta ou aquela dentre as múltiplas vias compatíveis com as mesmas exigências axiológicas.

Feita essa ressalva, que se nos afigura essencial, não se pode recusar à doutrina de Radbruch o mérito de ter reconhecido a conexão inevitável entre a *positividade do Direito* e o fenômeno da organização do Poder.

Tem-se generalizado ultimamente uma tendência abstratista visando a um "reino ideal do Direito", sem os perigos e os riscos que seriam representados pelo Poder, confundido facilmente com a força e o arbítrio. Mais do que ninguém, Hans Kelsen contribuiu para essa ilusória concepção da juridicidade, sendo dele a afirmação suspicaz de que quem levanta o véu que encobre o Direito e abre bem os olhos, descobre a cabeça de Górgona do Poder [23].

Deste assunto já cuidamos em outras obras, notadamente em *Teoria do Direito e do Estado* [24] mas não é demais salientar que, como diz Hauriou, a exigência ideal que põe a regra de Direito põe também o Poder. O mestre francês, pertencente àquela família de juristas que sabe ser o pior inimigo do Direito aquele que fecha os olhos para o problema do Poder, esclarece-nos que a norma jurídica não emana dos fatos, à guisa de leis físicas, porque seu surgimento implica a consideração do *Poder,* que não é aceito em si mesmo, mas em nome e em razão da "instituição" a que se destina.

23. Cf. William Ebenstein, *La Teoria Pura dei Derecho,* cit., pág. 131. Sobre esta matéria, v. o capítulo que dedicamos às "Pretensões do objetivismo jurídico contra o Poder", *in Teoria do Direito e do Estado,* 4ª ed., cit., págs. 66 e segs., e o ensaio "O Poder na Democracia", inserto em *Pluralismo e Liberdade,* cit.

24. Cf. nossa *Teoria do Direito e do Estado,* cit., notadamente os caps. IV: — "Ordem Jurídica e Poder" e X: — "Análise do Poder de Império".

Alargando essa concepção institucional diríamos que, considerada a totalidade do processo histórico do Direito de uma comunidade e não cada uma de suas expressões, não raro

conflitantes, o processo geral de atualização do Direito segue *pari passu* o do Poder, o qual faz-se cada vez mais Direito, integrando-se nas normas que positiva: — *a convergência do Direito e do Poder é o infinito de uma lei social.*

O *fato* do Poder não interessa, em suma, ao mundo jurídico senão e enquanto se ordena normativamente, inserindo-se, sob certo aspecto, no processo de integração normativa, pois, como dissemos à guisa de conclusão de *Teoria do Direito e do Estado,* "o Poder tem isto de característico que, quanto mais ele concorre à positivação do Direito, mais se prende ao Direito declarado e mais por este é circunscrito"[25].

25. *Op. cit.,* pág. 78, onde desenvolvo a tese da *Jurisfação do Poder.*

Direito e Poder são termos inseparáveis, mas será vão querer reduzir o primeiro ao segundo, pretendendo transformá-lo em simples *qualidade* ou *energia* da norma de direito, da própria regra em seu momento de eficácia concreta, como tem sido sustentado, por exemplo, por Georges Burdeau, um dos mais sutis estudiosos do Poder [26].

26. Sobre a teoria do Poder de GEORGES BURDEAU, v. as considerações que já fizemos em 1940, em *Teoria do Direito e do Estado,* págs. 94 e segs., com base em um ensaio, cujas teses fundamentais foram confirmadas e desenvolvidas em seu *Traité de Science Politique,* Paris, vol. 1.

Assim como a integração normativa não esgota as virtualidades axiológicas (há sempre uma nova exigência do justo, da paz etc.), da mesma forma a ordem jurídica não envolve e integra em seu processo a totalidade das exigências fáticas, entre as quais se põem as oriundas do Poder, donde se origina também a dinâmica bipolar e implicadora da juridicidade.

Não se pode afirmar, em suma, que, quando o Poder especifica a norma jurídica, através de uma decisão, o faça fora do processo de atualização normativa do valor: ao contrário, o ato de decisão, a tomada de posição axiológica, em virtude da qual a regra jurídica se constitui ou se aperfeiçoa, faz parte integrante do mencionado processo, razão pela qual o Poder não surge como uma 4ª dimensão.

No fundo, a decisão do Poder, seja ele estatal, costumeiro, jurisdicional ou negociai, somente se torna possível e atual em correlação, ou melhor, em função das *valorações* que o condicionam e que legitimam a *opção normativa in concreto.* Faça-se abstração da correlação axiológico-normativa, e o Poder se põe como mera força, insuscetível de qualificação jurídica positiva.

De outro lado, se fizermos abstração do "quantum" de *positivação* representado pelo Poder, as exigências axiológico-jurídicas se esvaem em modelos normativos inoperantes, o que demonstra que o problema do Poder só se compreende devidamente como o faz a teoria tridimensional, isto é, como momento da tensão fático-axiológica na concreção do processo nomogenético [27].

27. Sobre os reflexos dessa concepção do Poder e da normatividade no concernente à teoria das fontes e dos modelos jurídicos, v. nossas *Lições Preliminares de Direito* e *O Direito como Experiência,* cits.

Capítulo XXXVII

Normatividade e Historicidade do Direito

Normativismo Jurídico Concreto

207. No capítulo anterior focalizamos o problema da nomogênese jurídica, concluindo que toda regra de direito representa um momento de equilíbrio, atingido como composição das tensões que, em dada situação histórica e social, se verifica entre um complexo de fatos e um complexo de valores. Sendo a norma jurídica a solução superadora de um conflito de interesses, surge ela como algo destinado a durar, dependendo a sua maior ou menor duração de um conjunto de fatores políticos, econômicos, éticos etc. Em linhas gerais, o êxito de um dispositivo legal depende da correspondência existente entre a sua *vigência* e as estruturas sociais, como condição *sine qua non* de sua eficácia [1]. É a razão pela qual as leis promulgadas de afogadilho, sem adequação com a sociedade a que se destinam, têm vida tão fugaz e precária como a da sua elaboração.

I. Sobre a relação entre vigência e eficácia como requisito da *positividade do Direito,* v. o exposto no capítulo seguinte.

Abstração feita de tais soluções precipitadas ou artificiais o normal é que as regras jurídicas se destinem a *durar,* satisfazendo a um dos princípios basilares da vida jurídica que é o da *economia das*

formas. Os juristas somos, por sinal, muitas vezes acusados de certo conservantismo, pelo apego às leis prudentemente elaboradas, cm torno das quais já se constituiu todo um sistema de critérios éticos e de categorias lógicas, aliando-se o fino lavor da doutrina a diuturna experiência jurisdicional. As transformações bruscas, assim como as mudanças incessantes não se compadecem com o sentido ideal do Direito, que é o da harmonia da justiça com a certeza e a segurança.

Isto não obstante, por mais que as coletividades possam preferir o Direito posto, receosas de novas estruturas jurídico-políticas, o certo é que não há regra jurídica que se mantenha imutável. No decorrer de poucos anos, as leis mudam de significado, indo muito além da intenção originária de seus autores, sem sofrerem a mínima mudança em seus elementos gráficos. Esse problema é tão natural ã dinâmica das regras de direito que, a pouco e pouco, vai se constituindo um novo ramo de estudos, que é a *Semântica Jurídica,* parte da Lógica Jurídica destinada à análise das formas de variação do significado das regras de direito[2]. Muito embora o assunto ultrapasse os limites ontognoseológicos, não será demais focalizar alguns de seus aspectos mais gerais, indispensáveis à compreensão do normativismo jurídico concreto, que a teoria tridimensional procura alcançar.

2. Para maiores desenvolvimentos, v. MIGUEL REALE, *O Direito como Experiência,* cit., capítulos III, VII e VIII.

Pois bem, o processo fático-axiológico, analisado ao estudarmos a nomogênese jurídica, revela-se também quando não é mais o político do Direito, ou o legislador, que aprecia o assunto, mas sim o jurista, o juiz ou o advogado. Só que então o sentido da pesquisa é outro: — como a norma já é um dado de referência pré-constituído, um "querer já manifestado genericamente" e posto por ato de autoridade, torna-se necessário interpretá-la à luz das circunstâncias histórico-sociais em que ela se situa, bem como verificar qual a sua significação real a partir de sua vigência.

Efetivamente, nenhuma *norma jurídica* conclui ou exaure o processo jurígeno, porquanto ela mesma suscita, no seio do

ordenamento e no meio social, um complexo de reações estimativas, de novas exigências *fáticas* e *axiológicas*. É a razão pela qual não se pode concluir que, em última análise, o Direito seja só normativo: a *norma* é, por assim dizer, uma ponte elástica e flexível entre o complexo fático-axiológico, que condicionou a sua gênese, e os complexos fático-axiológicos a que visa atender, no desenrolar do processo histórico.

Dizemos que a norma jurídica deve ser concebida como uma ponte *elástica,* dadas as variações semânticas que ela sofre em virtude da intercorrência de novos fatores, condicionando o trabalho de exegese e de aplicação dos preceitos. Tais alterações de significado, no entanto, encontram natural limitação na estrutura formal da regra jurídica positivada, não sendo possível esforço de exegese que manifestamente desnature o seu enunciado. Quando a norma não mais se ajusta à experiência fático-axiológica, a via que se abre juridicamente é a da revogação ou da ab-rogação.

Todavia, entre o *inicio da vigência* de uma norma legal e a sua *revogação,* os preceitos jurídicos têm aplicação ou eficácia, "vivem", em suma, como instrumentos de vida que são, através dos atos interpretativos, da crítica da doutrina, das decisões dos juizes, dos administradores e dos tribunais.

É necessário aprofundar o estudo dessa "experiência normativa", para não nos perdermos em cogitações abstratas, julgando erroneamente que a vida do Direito possa ser reduzida a uma simples inferência de Lógica formal, como se uma decisão judicial, por exemplo, fosse equiparável a um silogismo, cuja conclusão resulta da simples posição das duas premissas. Nada mais ilusório do que reduzir o Direito a uma geometria de axiomas, teoremas e postulados normativos, perdendo-se de vista os *valores* que determinam os preceitos jurídicos e os *fatos* que os condicionam, tanto na sua gênese como na sua ulterior aplicação.

A norma de direito representa *um momento necessário do processo de integração fático-axiológica,* mas não é menos certo que, nem bem é ela consagrada por qualquer das fontes reveladoras do Direito, tem início uma série de atos destinados a dar-lhe *eficácia,* tanto no plano da interpretação como no da sua aplicação,

dentro e fora dos limites e objetivos forenses [3].

3. Quanto ao conceito de fonte, na teoria tridimensional, v. Miguel, Reale, *O Direito como Experiência,* cit., capítulos VII e VIII, e *Lições Preliminares de Direito,* cit., capítulos XII a XIV, onde se encontra o conceito de *modelo jurídico,* distinto em *modelo jurídico prescritivo* e *modelo jurídico hermenêutico.*

Como veremos no Capítulo XXXVIII, o modo de existir da norma jurídica é a sua *vigência,* e esta só é pensável orientadora *algo,* visando a se realizar como "situação normada", isto é, como comportamento e relação social, ou seja, como *eficácia.*

Ocorre, todavia, que, quando uma regra de Direito entra em vigor, a sua vigência necessariamente se correlaciona com a vigência das normas preexistentes, o sentido de umas podendo influir sobre o sentido de outras. Assim como os valores são entre si solidários, as normas jurídicas também se correlacionam e se implicam, distribuindo-se e ordenando-se em institutos e sistemas, cujo conjunto compõe o "ordenamento jurídico".

É o ordenamento jurídico no seu todo que é pleno (visto como nenhum juiz pode deixar de sentenciar sob pretexto de lacuna ou obscuridade da lei — Código de Processo Civil, art. 126) e não o mero "sistema da legislação" como tal, pois até mesmo o legislador reconhece e proclama as omissões inevitáveis da lei, determinando que, sendo ela omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do Direito (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 4ª).

Recorrendo-se aos costumes, à analogia e aos princípios gerais do Direito integra-se o sistema legal, que se atualiza, assim, como experiência ou ordenamento jurídico; donde se há de concluir que uma regra jurídica não pode nem deve ser tomada de per si, como se fosse uma proposição lógica em si mesma inteiramente válida e conclusa, pois o seu significado e a sua eficácia dependem de sua funcionalidade e de sua correlação com as demais normas do sistema, assim como do conjunto de princípios que a informam. Daí ser imprescindível ultrapassar a expressão particular e fragmentária dos preceitos jurídicos, a fim de que o sentido que lhes é próprio,

rigorosa e devidamente captado, seja, depois, completado e até mesmo dinamizado em função e à luz dos restantes preceitos em vigor.

Essa exigência de *totalidade* ou de *compreensão sistemática,* em virtude da qual se correlacionam as partes entre si e com o todo, constitui uma das notas distintivas do *normativismo jurídico concreto,* podendo ser assim enunciada; *"Toda regra de Direito só tem vigência e eficácia na unidade do ordenamento".*

Além desse aspecto, por assim dizer "estrutural" ou "sistemático", é mister, outrossim, atentar para o aspecto "dinâmico" da vida do Direito.

Costuma-se dizer que uma lei só pode ser revogada por outra lei de igual ou superior categoria, e esta é uma verdade no plano da vigência, não o sendo, porém, no plano de sua correlação com a eficácia. Há, com efeito, leis que só possuem existência formal, sem qualquer conseqüência ou reflexo no campo das relações humanas (são as chamadas *leis do papel)* até ao ponto do legislador se esquecer de revogá-las. Se não se opera, salvo casos especiais, a revogação das leis pelo continuado desuso, este as esvazia de força cogente, levando o intérprete, ao ser surpreendido com a sua imprevista invocação, a encapsulá-las no bojo de outras normas, de modo a atenuar-lhes o ruinoso efeito. (Cf. S 219, *infra.)*

Mas, como já ponderamos, não é só nesses casos raros e extremos que se dá a alteração do conteúdo das normas jurídicas. Leis há (e estamos aqui dando preferência ao estudo das leis ou normas legais, apenas para facilidade de exposição, sendo, no entanto, as observações válidas para todas as espécies de normas jurídicas) leis há, sem dúvida, que, durante todo o período de sua vigência, sofrem pequenas alterações semânticas, mantendo quase intocável a sua conotação originária. Isto ocorre quando não se verifica mudança de relevo na *tábua dos valores sociais,* nem inovações de monta no concernente aos *suportes fáticos.*

Muitas e muitas vezes, porém, as palavras das leis conservam-se imutáveis, mas a sua acepção sofre um processo de erosão ou, ao contrário, de enriquecimento, em virtude da interferência de fatores

diversos que vêm amoldar a letra da lei a um *novo espírito, a* uma imprevista *ratio Juris.* Tais alterações na semântica normativa podem resultar:

a) do impacto de *valorações* novas, ou de mutações imprevistas na hierarquia dos valores dominantes;

b) da superveniência de *fatos* que venham modificar para mais ou para menos os *dados* da incidência normativa;

c) da intercorrência de outras normas, que não revogam propriamente uma regra em vigor, mas interferem no seu campo ou linha de interpretação;

d) da conjugação de dois ou até mesmo dos três fatores acima discriminados.

Exemplos elucidativos da hipótese os temos na Jurisprudência brasileira, e eloqüentes, como ocorreu quando, superado o apego aos valores formais da lei, próprio da mentalidade individualista, deixamos de aplicar o rigor da lei pessoal do marido, em se tratando de sucessão de bens adquiridos por estrangeiro e sua mulher no Brasil, toda vez que daquela pudesse resultar a preterição dos direitos da esposa que a nossa tradição consagra. Admitindo a existência de uma "sociedade de fato", os nosso tribunais conseguiram superar, *in concreto, o* erro do legislador, que se esquecera das necessidades de um pais de imigração, para dar guarida a um universalismo jurídico tanto abstrato quanto iníquo, dadas as peculiaridades e conjunturas da vida brasileira. Foi só bem mais tarde que o legislador converteu em modelo legal o modelo jurisprudencial.

Outro exemplo de alteração semântica no contexto da regra jurídica, em razão de mudança nos critérios estimativos, é-nos dado pelo artigo 924 do Código Civil, que faculta ao juiz reduzir as multas estipuladas nos contratos, proporcionalmente ao tempo de seu adimplemento.

Durante muito tempo tal preceito legal foi considerado de caráter *dispositivo* com possibilidade, portanto, de ser regulada a matéria pelas partes de maneira diversa, admitindo-se a exigibilidade da

multa por inteiro, quaisquer que fossem o momento ou a causa da inexecução do contrato. Essa foi a jurisprudência dominante até e enquanto prevaleceu o primado da *autonomia da vontade,* incompatível com a ingerência do juiz na vida dos contratos. Quando, no entanto, passaram a predominar as novas tendências de *humanização ou socialização do Direito,* reconhecendo-se a supremacia dos valores de convivência sobre os interesses egoísticos dos mais fortes, aquele mesmo artigo da Lei Civil começou a ser reputado *jus cogens* ou de ordem pública, assistindo sempre ao juiz a faculdade de proporcionar o *quantum* da multa contratual ao tempo correspondente ao seu adimplemento. Com base nessa nova e mais vital compreensão da problemática jurídica, nenhuma eficácia já se confere às cláusulas contratuais que maliciosamente pretendam cercear a ação moderadora da Justiça.

Com estes exemplos torna-se claro que às vezes não é mister mudar uma só palavra em um texto legal para que ele adquira novo sentido: basta que se altere o prisma histórico-social de sua aferição axiológica.

As leis permanecem graficamente as mesmas, mas se lhes acrescentam outras valências ideais ou ideológicas, condicionando-lhes a aplicação.

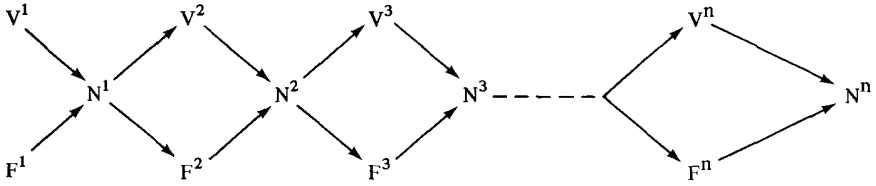
Também a verificação de alterações no plano dos fatos tem como conseqüência mudar o sentido das regras jurídicas, passando as palavras a significar algo mais do que aquilo que estava nos propósitos do legislador originário: quando se invoca a norma *A* (destinada a reger o fato *x)* para disciplinar o fato *y,* não previsto especificamente, nem sempre tal acontece por mero recurso analógico, mas sim porque *x* passou a significar também *y.* Assim, por exemplo, se a técnica de edificação sofreu uma alteração substancial com o advento do cimento-armado e das grandes estruturas metálicas, todas as regras do nosso Código Civil, de 1916, destinadas a definir as responsabilidades do construtor ou do locatário, no tocante à "estabilidade do edifício" sofrem uma revisão inevitável, adaptando-se as palavras do legislador aos novos dados postos pela revolução tecnológica.

A mesma repercussão no plano da eficácia de uma norma se

verifica em virtude da promulgação de leis que vêm estabelecer

categorias ou padrões jurídicos diversos, de tal modo que o intérprete, *por dever de unidade sistemática ou de coerência lógica na totalidade do ordenamento,* não pode deixar de rever as teorias consagradas na exegese de um texto legal determinado, correlacionando-o com os esquemas e comandos que lhe enriquecem ou empobrecem o significado. Assim, por exemplo, o advento do Estatuto da Terra ou a nova Lei do Inquilinato não podem deixar de interferir na exegese das leis relativas a arrendamentos rurais ou locações, ainda que não especificamente disciplinados por aqueles documentos legislativos básicos, nos quais se contêm verdadeiras "diretrizes normativas", que nem a doutrina nem a jurisprudência podem ignorar em sua tarefa de realização do Direito.

Por todas essas razões será possível dizer que a norma jurídica é uma forma de integração fático-axiológica, dependendo dos fatos e valores de que se origina e dos fatos e valores supervenientes. É o que podemos expressar com a seguinte representação, fixando a vida de uma regra de Direito no limite de sua *"elasticidade normativa":*



Processo do normativismo concreto

Como se vê, a figura *supra* focaliza o processo de aplicação concreta e de variação semântica que pode ter uma norma jurídica, podendo-se dizer que o *"ordenamento jurídico"* compreende, de maneira sistemática, todos os processos vigentes de atualização normativa, inclusive, é óbvio, o daquelas normas que, como já dissemos, se mantêm imutáveis tanto na forma como no fundo. Daí dizermos que o Direito é *norma* c é também *situação normada,* ou seja, mais do que norma, é *experiência normativa.* A norma jurídica marca o momento culminante da experiência do Direito, não resta

dúvida, mas nem por isso deixa de ser *momento* ou *dimensão* dessa realidade, *tomando-se o termo "dimensão" em seu sentido lógico,* sem o reduzir à "dimensão dos corpos físicos", tal como teimam alguns de nossos críticos em fazê-lo, com perda do que há de essencial em nossa teoria: a sua intrínseca historicidade e concretitude.

Segundo, pois, nossa concepção *tridimensional concreta e dinâmica* da experiência jurídica, é em função da íntima tensão *fato-valor* que se *põe* a *norma:* — o construído da norma só tem significado essencial em razão dessa funcionalidade, o que nos leva a conceber o ordenamento jurídico como um *sistema de fontes e de modelos;* estes resultantes daqueles [4].

4. Sobre o conceito de *modelo jurídico,* cf. meu livro *O Direito como Experiência,* cit.. Ensaios VII e VIII e *Lições Preliminares de Direito,* cit., capítulos XIV e XV.

Quando o homem, segundo prismas valorativos, aprecia uma porção da realidade humana, e essa estimativa é comum a outros homens, abre-se a possibilidade de uma exigência social consubstanciada no que chamamos *norma,* que pode ter a força específica de uma *norma jurídica* quando, pela intersubjetividade dos fins visados, o processo normativo é garantido pelo Poder.

Na experiência jurídica, considerando-se abstratamente cada um de seus elos ou "casos", sempre se atinge o ponto culminante quando aparece o *nexo normativo,* integrando em esquema unitário as possibilidades de ação objeto de estimativa. É esse momento que se apresenta como o mais próprio de sua ciência aos olhos de um jurista: — é então que tem começo a sua tarefa específica. Como já notamos, tal momento só pode ser considerado conclusivo no âmbito de cada experiência particular, a qual se liga a outros processos de *nomogênese,* num desenvolvimento dialético de implicação e polaridade. Para o jurista, em suma, o Direito não é só norma, mas culmina sempre em sentido de *normatividade,* sendo impossível reduzi-lo à mera conduta.

Já o sociólogo não aprecia o Direito em razão da normatividade. Limita-se a verificar nexos gerais de constância ou de referibilidade

entre fatos e valores, mas não se propõe os problemas de *dever ser,* que defluem das normas; não prescreve vias a seguir, nem formula imperativos para a existência. É próprio das ciências éticas, tais como a Moral e o Direito, estatuir normas como medidas de comportamentos possíveis e lícitos, à luz de circunstâncias aferidas valorativamente. É por esta razão que a regra de direito é, sem dúvida alguma, o elemento fundamental para o jurista, apesar de ser inseparável do processo graças ao qual e no qual possui significado.

A situação de maior destaque que a "norma" efetivamente apresenta no processo de juridicidade explica, até certo ponto, a tendência que têm muitos juristas de, aos poucos, esquecer os dois outros fatores do processo — o *fato* e o *valor* — para pensar que a norma possa existir por si mesma, como entidade distinta do ponto de vista lógico e ôntico.

Na realidade, porém, *fato* e *valor, fato* e *fim* estão um em relação com outro, em dependência ou implicação recíproca, sem se resolverem um no outro. Nenhuma expressão de beleza é toda a beleza. Uma estátua ou um quadro, por mais belos que sejam, não exaurem as infinitas possibilidades do belo. Assim, no mundo jurídico, nenhuma sentença é a Justiça, mas um momento de Justiça. Se o valor e o fato se mantêm distintos, exigindo-se reciprocamente, em condicionalidade recíproca, podemos dizer que há entre eles um nexo ou laço de *polaridade* e de *implicação.* Como, por outro lado, cada esforço humano de realização de valores é sempre uma tentativa, nunca uma *conclusão,* nasce dos dois elementos um *processo,* que denominamos "processo dialético de implicação e polaridade", ou, mais amplamente, *"processo dialético de complementariedade",* peculiar tão-somente à região ôntica que denominamos cultura [5].

5. Cf. vol. 1, cap. X, o vol. II, cap. XXVI, NICOLAI HARTMANN, após lembrar a propósito da doutrina das categorias a *lei dialética,* formulada por PLATÃO no *Sofista,* declara que, no caso dos valores morais, a *lei de implicação* desempenha Um papel subordinado, o que se compreende nos quadros de sua doutrina que concebe Os valores como puros objetos ideais. Isto, não obstante, reconhece que o problema da *implicação axiológica* poderá vir a ser considerado pela doutrina, embora de maneira estruturalmente diversa da que ocorre com a das categorias. Isto é indicado, acrescenta,

pelo contraste existente entre *valores* e *desvalores* e pelo seu esclarecimento recíproco, o que o leva a falar duma "dupla dialética com uma polaridade recíproca e constante". *(Ethics,* cit., vol. II, págs. 393 e segs.) Pena é que HARTMANN tenha apenas se referido à *implicação* e à *polaridade* dos valores sob a influência da dialética hegeliana, desenvolvendo, mais amplamente, as relações de *oposição* e de síntese de valores diversos (tomo cit, cap. XXXVI, págs. 407 e segs.), não salientando as suas relações de complementariedade (cap. XXXVII). Na dialética de complementariedade no entanto, atende-se aos inevitáveis conflitos axiológicos, mas se reconhecem também os nexos de implicação que não são menos relevantes, superando-se, desse modo, antinomias aparentemente absolutas. Cf. MIGUEL REALE, *Experiência e Cultura,* cit.

Não se podendo conceber *valor* que jamais se realize, nem valor que de todo se converta em *realidade,* há uma *tensão permanente entre aquele e esta,* tensão que, no plano cultural do Direito, é representada pela *norma jurídica, fator integrante* de valor e fato. Dadas, porém, as apontadas características de *realizabilidade* e *inexauribilidade* dos valores, a norma jurídica nunca esgota o processo histórico do Direito, mas assinala os seus momentos culminantes.

Atualização Histórica dos Valores do Direito

208. A História do Direito revela-nos um ideal constante de adequação entre a ordem normativa e as múltiplas e cambiantes circunstâncias espácio-temporais, uma experiência dominada ao mesmo tempo pela dinamicidade do justo e pela estabilidade reclamada pela certeza e pela segurança.

O elemento fático e as exigências ideais, o já "dado" na natureza e na História, em confronto com as perspectivas que os fatos mesmos em seu acontecer tornam possíveis, tudo isto confirma, sob quaisquer ângulos que o examinemos, o caráter problemático, mas não irremediavelmente antinômico, de uma realidade cultural que se nos mostra bipolar e integrante.

Se a idéia mesma de Justiça nos conduz à de *ordem,* por mais que seja próprio da sede sempre viva de Justiça o não-conformismo

pleno e passivo ante o já estabelecido e o vigente; se o Direito reclama o poder e ambos se mantêm termos antitéticos, heterogêneos, embora implicados em seu evolver; se muitas vezes é mister ceder os valores urgentes para não se comprometer a possibilidade de oportuna realização de valores mais altos; fácil é perceber quão complexo é o problema da "normatividade jurídica", inconfundível com a sua expressão de *dever ser* lógico-formal.

Não será com processos genético-psicológicos que explicaremos o intrincado problema da norma, no qual se equacionam elementos *fáticos* e *ideais,* tornando precárias as tentativas de redução a uma "legalidade" de tipo naturalístico [6]. Legalidade natural e legalidade de *dever ser* integram-se como momentos da *normatividade,* que se traduz em pausas periódicas (no caso do Direito, em constituições, em códigos, em leis particulares, em usos e costumes), enquanto na sociedade novas "legalidades" se enunciam para novas formas de juridicidade positiva.

6. Nesse sentido, v. SCHELER, *Ética,* cit., pág. 279, nota 12.

Poder-se-ia dizer, num símile de certa maneira imperfeito, que o fato, como elemento que condiciona o agir do homem, é o *fator negativo,* que se contrapõe à liberdade de iniciativa e de criação, pelo *statu quo.* A tendência a constituir e realizar fins é o *fator positivo,* ou o pólo positivo do agir. Os dois, porém, se exigem e se implicam: — a norma é a centelha que resulta do contato do pólo positivo com o negativo.

Por isso mesmo recusamo-nos a compreender a força da norma abstraída do processo em que ela se constitui e se insere. Uma norma não pode ser erradicada do processo de que faz parte; deve ser interpretada no âmbito de sua condicionalidade social e histórica, mas, por sua natureza histórica mesmo, não fica presa ou ligada às circunstâncias que originariamente a condicionaram, superando-as.

No dizer de Giuseppe Capograssi, o conceito estreito e exclusivista do Direito como norma é superado, porque a ciência adverte que a norma em si não tem nenhum valor, não diz algo senão e enquanto se coloca em uma realidade orgânica, que é o puro

dever ser, para ser o que efetivamente é: — momento saliente e essencial, mas momento de um processo do qual se origina e que por ela é expresso [7].

7. CAPOGRASSI, // *Problema della Scienza dei Diritto,* 1937, pág. 9. Lembre-se & fórmula de CESARINI SFORZA: "Fato e Direito existem porque coexistem". *{"Ex facto jus oritur",* em *Studi Filosofico-Giuridici Dedicati a Del Vecchio,* vol. I, pág. 95.)

Não se deve, porém, olvidar que ela é o elemento fundamental, o elemento conclusivo aos olhos do jurista, porque reúne, de certa maneira, em si, os dois outros elementos, projetando-se para o futuro, como esquema genérico de conduta possível.

Note-se bem a diferença que existe entre a nossa concepção da normatividade e a de Kelsen. Para este, o Direito é um sistema de preceitos puramente lógicos, devendo o jurista, enquanto jurista, fazer abstração da origem empírica dos preceitos e dos valores morais que ditaram a sua existência.

Para nós, a norma, ao contrário, não pode ser compreendida devidamente fora do processo incessante de adequação da realidade às exigências ideais ou da atualização de fins éticos no domínio das relações de convivência, devendo-se ter presente que ela não tem a virtude de *superar,* absorvendo-os em si e eliminando-os, os elementos que lhe dão ser. O Direito é um processo aberto exatamente porque é próprio dos valores, isto é, das fontes dinamizadoras de todo o ordenamento jurídico, jamais se exaurir em soluções normativas de caráter definitivo.

É nesse sentido que hoje se desenvolve a Ciência do Direito, consoante aquela direção de pesquisa que, sem perder ou comprometer a herança clássica das categorias lógico-formais — através das quais resplendem os valores primordiais da certeza e da segurança —, volve-se mais e mais para a experiência concreta do Direito, concebido como "ordenamento", como "instituição" ou como "realidade cultural".

A idéia nuclear desse movimento de ampla repercussão nos domínios da Ciência Positiva concerne ao conceito de norma como *momento* de atualização de valores jurídicos. A norma, processo,

que é o *processo da conduta humana,* sob a qual na *necessidades reais* e *necessidades ideais,* cuja satisfação representa o *substractum* indeclinável, pois a consistência do Direito não está nas leis, mas nas "relações de vida"[8].

É o que se verifica em várias outras correntes já referidas no decorrer deste trabalho, assim como na *Integrative Jurisprudence,* de Jerome Hall, que declara ser seu propósito "o esforço persistente no sentido de corrigir o mais sério equívoco da moderna Jurisprudência: — o produto de uma sofisticada separação entre *valor, jato* e *idéia* (forma)" [9].

8. Cf., além das obras citadas de HAURIOU, ROMANO etc. (v. *supra,* § 200), BENVENUTO DONATI, *Fondazione della Scienza dei Diritto,* cit., pág. 61. Cf. GIUSEPPE CAPOGRASSI, *op. cit.,* págs. 9 e segs.; FRANCESCO CARNELUTTI, *Discorsi intorno ai Diritto,* Roma, 1937, págs. 114 e *passim;* GUIDO CALOGERO, *op. cit.,* pág. 125.

9. JEROME HALL, *Integrative Jurisprudence,* loc. cit., págs. 313 e segs. Sobre o sentido de "integração" ou de "concreção" no pensamento filosófico-jurídico contemporâneo, V. o citado opúsculo de KUNZ. Este Autor, por sua vez, escreve: "Parece-nos cada vez mais que todos os três ramos da Jurisprudência — o analítico, o sociológico e o jusnaturalista — devem ser combinados para um pleno entendimento do fenômeno jurídico. Há uma forte tendência para uma Jurisprudência *integrativa".* O Direito, consoante sugestão recente de JEROME HALL, "é uma coalescência de norma, fato e valor". As mesmas idéias foram expressas por ROSCOE POUND, que, em 1949, escreveu: "Uma bem completa Ciência do Direito não pode desprezar a investigação analítica ou a filosófica. Cada uma delas é necessária para um efetivo corpo de conhecimento. O erro tem consistido em tomar um aspecto pelo todo. . Na mansão da Jurisprudência há muitos aposentos". *(The University of Chicago Law Review,* vol. 20, fase. 1, pág. 164.)

A esse propósito de concreção visa a satisfazer também a teoria egológica de Carlos Cossio, ao ponto de converter a *conduta* mesma em objeto da Ciência do Direito, mas isto nos parece inadmissível, pois, como ele próprio o reconhece, o Direito é "a conduta humana em sua interferência intersubjetiva", logo algo de *intrinsecamente normativo.*

Assim sendo, não pode ele reduzir a norma a uma pura lente de aferição da conduta, arrancando-a da experiência jurídica, da qual é um dos elementos constitutivos essenciais, para convertê-la em mero esquema lógico. A norma, em suma, não pode ser, ao mesmo tempo,

prisma de observação da conduta e ingrediente da conduta mesma. Com isso, Cossio acaba identificando indevidamente a "teoria normativa" com a Lógica Juridica [10].

É incontestável o aspecto lógico da norma, e, por conseguinte, a legitimidade de uma *Lógica Jurídica,* desde que se lembre que, ao lado desta, que se desdobra em *Semiótica* e *Deôntica Jurídicas,* há também uma *Dialética Jurídica.* O que importa é não esvaziar a normatividade de seu sentido histórico e axiológico, reconhecendo-se que uma norma particular só vale como força integrada em um sistema e momento de uma experiência, fora da qual só por abstração pode e deve ser concebida [11].

10. Cf. CossiO, *Teoria Egológica dei Derecho,* cit., *passim,* e os comentários às conferências de Kelsen em Buenos Aires (loc. cit.). Sobre a teoria egológica, v. nossas observações *in Revista da Faculdade de Direito de São Paulo,* vol. XXXIX, pág. 136, e *Revista Brasileira de Filosofia,* vol. II, fase. 3, pág. 609, artigos reunidos em *Horizontes do Direito e da História.*

A nosso ver, a obra de CARLOS COSSIO, por mais que possamos dissentir dela, representa uma contribuição original e valiosa no sentido de buscar a unidade ôntica do Direito reclamada pela "triplicidade de suas facetas".

Para Cossio, essa unidade só pode ser dada pela conduta humana, em sua "interferência intersubjetiva", discordando desse modo, de nossa concepção *dialética* da tridimensionalidade que ele interpreta ao pé da letra, como se fossem "dimensões" de um ser físico. A sua tese é a de que as três dimensões são "de algo", que é a conduta, ou melhor, é a conduta mesma, "impensável sem as suas formas ôntico-ontológicas".

Pensamos, todavia, que se não pode falar em fato, valor e norma como se fossem *"facetas"* de algo subjacente, ou seja, da conduta humana, que já seria imanentemente jurídica em sua "interferência intersubjetiva", como quer Cossio; assim como não cabe considerá-los três *"perspectivas"* condicionadoras de três conceitos irredutíveis do Direito, como pretende GARCÍA MÁYNEZ: são antes *"momentos"* de um *processo,* no qual consiste a realidade mesma do Direito.

Por outro lado, não há como confundir, como saliento em meu recente livro *Experiência e Cultura,* a *dialética de complementariedade* com a *dialética hegeliana dos contrários e contraditórios.*

Sobre a nossa divergência com CARLOS COSSIO, *vide o* seu trabalho: "Las actitudes filosóficas de Ia Ciência Juridica", publicado em *La Ley,* Buenos Aires, 12-6-1956, e, sobretudo, o seu "Escolio sobre la teoria de Miguel Reale" em *La Teoria Egológica dei Derecho ~ Su Problema y sus Problemas,* Buenos Aires, 1963, págs. 67-74.

11. Cf. *infra,* pág. 612, quanto ás "tarefas" da *Lógica Juridica.* Note-se que os cultores desta disciplina, quer a estudem segundo o modelo da Lógica clássica, quer a

situem nos esquemas da Lógica Simbólica, não pretendem que o seu estudo importe a eliminação do problema do conteúdo ético das proposições normativas. Cf. GEORGES KALINOWSKI — *Études de Logique Déontique,* Paris, 1972, especialmente, pág. 132 e segs.; ILMAR TAMMELO e HELMUT SCHREIRER — *Grunzüge und Grundverfahren der Rechtslogik,* Munique, 1974, Introdução; LOURIVAL VILANOVA — *Lógica Jurídica,* São Paulo, 1976;. e os *Études de Logique juridique* publicados, em vários volumes, por CH. PERELMAN (Publications du Centre National de Recherche de Logique), Bruxelas, 1966-1976.

O que nos parece necessário é a indagação do valor das próprias *regras de direito,* que se não destacam da realidade jurídica, como quem arrancasse os olhos para ver os olhos: — são elas, as regras jurídicas, momento integrante e sintético do processo dialético do Direito, que é sempre fato enquanto valorado, ou seja, enquanto norma e situação normada, em perene *fieri.*

A rigor, nem seria necessário falar-se em "norma e situação normada", pois a *norma* é, ao mesmo tempo, o condicionante e o condicionado, o *valor* e o *fato* em síntese dinâmica. Destarte, o Direito é concebido qual momento da vida espiritual, enquanto esta se objetiva como atributividade social, fato social a que um valor impõe um significado, e valor que se não concebe desprendido do fato ao qual adere e graças ao qual historicamente se realiza.

Nesse trabalho de revisão dos pressupostos de nossa Ciência, devemos partir da análise fundamental dos motivos que determinaram correntes tão antagônicas como as que indicamos com as denominações genéricas de "empirismo jurídico" e "logicismo normativo", assim como saber tirar proveito dos ensinamentos revelados naquelas experiências.

Mérito imorredouro dos normativistas puros, não obstante seu apego excessivo aos elementos *formais* do Direito, é a defesa definitiva dos valores lógicos da Jurisprudência, a compreensão das categorias condicionantes do trabalho dogmático, assim como a consciência paralela da dignidade de nossa *linguagem,* dos valores expressionais típicos de nossos conhecimentos. Iludem-se, no entanto, só vendo a expressão lógica das normas jurídicas, esquecidos de que o aspecto lógico não esgota a natureza das regras

de direito, que são momentos da experiência humana concreta, ou seja, expressões de um processo em que os pólos do *valor* e do *fato* se tocam circunscrevendo, até ao advento de nova síntese, o circuito da *juridicidade:* — entre valor e fato, em suma, não existe uma polaridade absoluta, no sentido de uma contraposição insuperável, porque não só são elementos que reciprocamente se exigem, como é na sua contraposição e integração que reside a vida mesma da norma jurídica.

A parte da Lógica que estuda os modelos jurídicos em sua estrutura formal é de tamanha importância que não admira tenha sido identificada com a própria Ciência do Direito. Dela, no entanto, poder-se-ia dizer que está para a Jurisprudência como a Lógica se põe perante a Filosofia: — é condição do filosofar e é momento do filosofar; condição da Ciência Jurídica e momento dela. Parafraseando célebre comparação de Croce, anteriormente lembrada, é a logicidade da norma jurídica ou, mais amplamente, dos modelos jurídicos, como um espelho d'água que reflete a paisagem, sendo ele mesmo parte da paisagem.

Não percamos, portanto, a contribuição decisiva dos que souberam encontrar no ordenamento normativo do Direito razões plausíveis para aproximá-lo do mundo dos lógicos e dos matemáticos, mas superemos o momento da logicidade, a fim de abranger as aporias da realidade jurídica na sua condicionalidade histórica e social.

Nesse ponto, chegará a vez de darmos a palavra aos empiristas, amantes dos fatos e de suas exigências positivas, preocupados com os valores do singular e do irredutível que sempre desafiam a argúcia dos advogados e dos juizes.

Tentado e atraído por um ideal sublime de justiça, assim como pela beleza das formas lógicas puras, não pode o jurista se despegar da realidade concreta, das circunstâncias de seu meio social, com todas as suas peculiaridades e contingências: — fica, assim, entre o que *deve ser* e o que *é,* sentindo que a realidade histórica jamais exaure e atualiza os valores ideais que sugere e revela. Ninguém mais do que o jurista experimenta essa antinomia, esse contraste entre o amor do fato contingente, a paixão do singularmente

individualizado, e o amor pelas formas gerais de conduta, pelos esquemas normativos em que resplende o sentido lógico da ordem. É nessa tensão, porém, entre o abstrato e o concreto, entre a realidade e o modelo, nesse pulsar entre *ser* e *dever ser* que reside toda a vida dramática e autêntica do Direito.

Mais complexa do que a do próprio artista é a tensão espiritual do jurisperito: — se o primeiro se eleva das intuições dos objetos até às formas puras da beleza, manifestada através das limitações da matéria plenamente dominada, já o segundo não logra encontrar quietude nas formas puras das normas jurídicas, sendo elas, ao contrário, novos motivos e impulsos para volver até o plano da conduta humana, cujo valor próprio lhe cabe captar.

Como superar a antinomia entre a riqueza de significados de um fato concreto e o esquema abstrato das normas, se nestas só lobrigarmos a sua expressão lógica, adiáfora e fria?

Não bastará discriminar e justapor *fato, valor* e *norma,* esperando passar de um a outro elemento através de confrontos exteriores: — necessário é penetrar no sentido unitário e dinâmico da realidade jurídica que se apresenta tridimensional em seu *processas,* como experiência estimativa que é, o "mundo do ser" condicionando novas aberturas às exigências ideais dos valores em sua objetividade atributiva.

A nosso ver, só essa posição superadora da unilateral visão dos normativistas e dos empiristas é que poderá apagar no jurista a impressão de que a sua sabedoria vem depois das outras, para edificar o castelo precário de seus institutos *post legem;* ou, então, de que fica aquém das outras, sem jamais atingir soluções gerais, obrigando-o a resolver conflitos de interesses graças à elaboração de normas particulares para cada um dos casos ou ocorrências da vida.

209. Os frutos desta concepção revelam-se notadamente no plano da interpretação do Direito, que não pode ser visto tão-somente segundo critérios lógico-formais ^^

O juiz ou o advogado, que tem diante de si um sistema de Direito, não o pode receber apenas como concatenação lógica de proposições. Deve sentir que nesse sistema existe algo de subjacente, que são os fatos sociais aos quais está ligado um sentido ou um significado que resulta dos valores, em um *processo de integração dialética,* que implica ir do fato à norma e da norma ao fato, como Carlos Cossio com razão assinala, embora nos quadros de diversa concepção [13].

Querer interpretar um sistema de normas, como o Código Civil ou o Código Penal, tão-somente naquilo que eles expressam no plano lógico-formal, é deixar de lado o próprio problema da vida ou da experiência jurídica, muito embora a Ciência do Direito seja prevalecentemente ciência de *normas,* e desde que estas não sejam reduzidas a meras entidades lógico-ideais.

O jurista deve sempre basear-se na experiência jurídica e nunca se afastar dela. O problema da experiência jurídica é, no fundo, o problema da *atualização normativa dos valores em uma condicionalidade fática, o* que dá origem a *"modelos jurídicos",* que constituem a base de estudo da Ciência do Direito [14].

12. Cf. Miguel Reale, *O Direito como Experiência,* cit., caps. IX e X e *Lições Preliminares de Direito,* cap. XIV.

13. Cf. Carlos Cossio, *La Teoria Egológica dei Derecho,* cit., pág. 258. Cf., do mesmo autor, *El Derecho en ei Derecho Judicial,* Buenos Aires, 1945; *La Plenitud del Ordenamiento Jurídico,* Buenos Aires, 2ª ed., 1947, e *El Substrato Filosófico de los Métodos Interpretativos,* Santa Fé, 1940.

14. Cf. Miguel Reale, *O Direito como Experiência,* cit., São Paulo, 1968 e *Lições Preliminares de Direito,* págs. 204 e segs.

Ora, se fatos e valores se integram no momento culminante da normatividade, nós somos contra toda e qualquer doutrina que sacrifique um dos três elementos citados, deixando os outros dois na

penumbra. Para nós, esses três elementos se combinam para culminar no momento normativo da experiência jurídica, que é o momento especificamente jurídico, o que nos parece não tenha sido atendido por Jerome Hall em seu acertado propósito de elaborar uma *Jurisprudência Integrativa,* apreciando os elementos do Direito na sua "estrutura estática" e em seu "processo dinâmico", por não ter sabido ultrapassar o plano da Sociologia Jurídica.

Fácil é concluir que, no nosso modo de ver, se a norma apresenta uma feição lógica — como *juízo* lógico que é, cuja natureza cabe à Lógica Jurídica determinar —, não se reduz, porém, a mero enunciado apofântico: é ela sempre momento de uma realidade histórico-cultural, c não simples proposição afirmando ou negando algo de algo. Ora, toda realidade cultural é, essencialmente, *processo* que não pode ser compreendido senão na unidade solidária de seu desenvolvimento dialético. O Direito, visto na totalidade de seu processo, é uma sucessão de culminantes momentos normativos, nos quais os fatos e os valores se integram dinamicamente: é essa unidade concreta e dinâmica que deve ser objeto da Hermenêutica jurídica.

Se as normas não são todo o fenômeno jurídico, mas apenas os momentos culminantes de um processo, por sua vez, a *Dogmática Jurídica, como estudo da normatividade jurídica em unidade sistemática,* não é toda a Ciência do Direito, mas, tão-somente, o *momento culminante da Ciência do Direito.* Consideramos este ponto de máximo interesse: — a Dogmática, em seus três momentos lógicos de interpretação, construção e sistematização de normas jurídicas, não representa todo o Direito, mas o momento culminante da Ciência do Direito [15].

15. Cf. Miguel Reale, *O Direito como Experiência,* cit., Ensaio VI, págs. 123 e segs. e Irineu Strenger, *Da Dogmática Jurídica,* São Paulo, 1964.

Se a Dogmática é a interpretação da realidade ou da experiência jurídica de um povo em dada época, tal como decorre dos preceitos vigentes; se ela se desdobra no fino lavor interpretativo das normas, na construção dos institutos como unidades moleculares da doutrina,

e se eleva à organicidade dos sistemas, não há como desmerecer seu papel, que por si só poderia justificar a grandeza de nosso mister de advogados e juizes. Mas não é dito que a Ciência do Direito se esgote na Dogmática ou que com ela se confunda. Não faltaram, nem faltam ainda hoje, juristas apegados a essa identificação, mas um exame das raízes do problema parece demonstrar que não é menos Ciência do Direito aquele complexo de exigências e categorias lógicas e axiológicas que condiciona o aparecimento mesmo da lei, destinada a ser recebida e aceita pela Dogmática como um "dado", um pressuposto de suas construções normativas.

Como negar o momento de juridicidade da legislação e, por conseguinte, como ignorar a condicionalidade científica da obra do legislador? Aquela penada que aparentemente deita abaixo uma biblioteca já está carregada de força normativa e, não raro, representa o resultado de novas exigências do justo operando na consciência de um povo: — ela pressupõe outras bibliotecas. . .

210. A concepção tridimensional do Direito dá-nos a razão de muitos fatos à primeira vista de difícil compreensão.

Se o fenômeno jurídico pressupõe fato, valor e norma, um mesmo imperativo legal é suscetível de produzir conseqüências diversas. Da mesma forma, regras diferentes podem conduzir a conclusões análogas, sem com isto ser afetada a natureza científica da Jurisprudência.

Há de parecer estranho aos olhos do vulgo que os juizes em 1920 ou 1930 tenham aplicado de uma forma o nosso Código Civil, e hoje outros juizes o façam de modo totalmente diverso. A coisa que mais espanta ao homem comum é a volubilidade da Jurisprudência, a todo instante invocada como razão de descrédito dos juristas.

Se a regra jurídica não pode ser entendida sem conexão necessária com as circunstâncias de fato e as exigências axiológicas, é essa complexa condicionalidade que nos explica por que uma mesma norma de direito, sem que tenha sofrido qualquer alteração, nem mesmo de uma vírgula, adquire significados diversos com o

volver dos anos, por obra da doutrina e da jurisprudência. É que seu sentido autêntico é dado pela estimativa dos fatos, *nas circunstâncias em que o intérprete se encontra.* Um mesmo artigo do Código Civil pode ter importado uma conseqüência em 1920, com a qual não se harmoniza a conseqüência de nossos dias. As palavras são as mesmas, mas a estimativa varia, condicionada pelo advento de novas circunstâncias, tal como já observamos no capítulo anterior.

Dizemos, assim, que uma regra ou uma norma, no seu sentido autêntico, é a sua interpretação nas circunstâncias históricas e sociais em que se encontra no momento o intérprete. Isto não quer dizer que sejamos partidários do Direito Livre. A doutrina do Direito Livre confere ao juiz o poder de elaborar regras particulares para cada caso concreto, quando a lei lhe parecer omissa ou em conflito com a realidade social.

A regra vigente deve ser sempre uma baliza ao comportamento do juiz que, no entanto, não pode deixar de valorar o conteúdo das regras segundo tábua de estimativas em vigor em seu tempo. Ele, juiz, enquanto homem, já participa dela, e pertence às circunstâncias de sua "temporalidade", como se pode ver em nosso livro *O Direito como Experiência.*

Mesmo quando lhe caiba decidir por eqüidade, não pode o juiz se conduzir como um "emancipado" das idéias e valores dominantes, sobre que se funda a ordem jurídica vigente, pois se presume que o legislador só emane regras em consonância com as exigências da comunidade. Daí a justa ponderação de Calamandrei de que, nas decisões por eqüidade, o juiz deve agir como intérprete de uma consciência preexistente.

211. A apreciação funcional dos três elementos esclarece-nos, por outro lado, o perigo que há de transposições formais de textos de um sistema legal para outro, sem se levar em conta as circunstâncias fáticas e axiológicas a que se referem.

O Direito comparado, que é sem dúvida a expressão mais atual da Ciência Jurídica, só passou a realizar obra de fecundos resultados

quando os comparatistas se preveniram contra o risco de justapor ou de comparar textos legais em si mesmos, com abstração dos fatores morais, econômicos, históricos, psicológicos etc., em que os mesmos textos possuem vigência e eficácia. O que importa, em verdade, é colher ao vivo a experiência jurídica, na plenitude de seus significados.

Quando não se dá conta das diversidades histórico-culturais incide-se em erros graves, como o de alguns publicistas pátrios que equiparam a Suprema Corte dos Estados Unidos da América ao nosso Supremo Tribunal Federal, olvidando que o sistema jurídico do *common law* subtrai ao pronunciamento daquela Corte a massa imensa de relações de Direito Privado que, num país de formação legal de tipo romano-germânico, como é o nosso, sobe ao exame final do órgão máximo da Justiça nacional. Essa é uma das causas de indevidas transladações de teorias de um para outro ordenamento, não só quanto à estrutura dos referidos órgãos, mas também relativamente ao exercício de suas funções.

O mesmo se diga quanto ao Direito Internacional Privado, que se perderá em um intrincado jogo de combinações doutrinárias, enquanto se pretender dar ao problema da "qualificação" um sentido formal, indiferente ao que vale como conteúdo real no sistema das normas em conflito [16].

16, Para apreciação do problema, v. Luís A. DA GAMA E SILVA, *As Qualificações em Direito Internacional Privado,* São Paulo, 1952, e MIGUEL REALE, *O Direito como Experiência,* cit., Ensaio VII.

É por isso, aliás, que a Jurisprudência, apesar de possuir categorias lógicas universais e uma linguagem que acomuna os juristas de todo o mundo, não pode, nem deve prescindir das características e das circunstâncias de cada povo, pois o Direito é *experiência social concreta,* processo vital que obedece a motivos peculiares a cada Nação, e não fruto arbitrário das construções legislativas.

Um Direito universal, sem liames históricos, nem laços tradicionais, é pretensão só compreensível nos quadros de uma teoria panlogística, que esvazie o Direito de seu conteúdo

estimativo, como se uma regra pudesse significar algo erradicada do meio social a que se destina.

Quer no momento da feitura da lei, quer no da construção e da sistematização dogmáticas, o Direito não poderá deixar de ser compreendido senão como realidade histórico-cultural, de tal sorte que não será exagero proclamar-se marcando bem a posição de nossa disciplina: — pontes e arranha-céus podem construí-los engenheiros de todas as procedências; mas o Direito só o poderá interpretar e realizar com autenticidade quem se integrar na peculiaridade de nossas circunstâncias.

Capítulo XXXVIII

Fundamento, Eficácia e Vigência

Natureza Filosófica do Problema — Conexões com a Política do Direito, com a Teoria Geral do Direito e com a Sociologia Jurídica

212. A questão do *fundamento,* da *vigência* e da *eficácia* do Direito põe-se no âmago de todas as formas de pesquisa da juridicidade, apresentando aspectos filosóficos e técnico-científicos, o que se compreende quando se lembra que aqueles termos, em última análise, correspondem, respectivamente, a estas perguntas:

a) Que é que torna *eticamente legitima* a obrigatoriedade do Direito?

b) Que é que condiciona *logicamente* a validade das regras jurídicas?

c) Que é que torna uma norma jurídica *socialmente existente?*

Dos três problemas cuida a Filosofia do Direito, sem perda da compreensão unitária da experiência jurídica, como já tivemos ocasião de lembrar em mais de uma passagem deste livro, mas não são eles menos essenciais às ciências particulares, de maneira que estamos diante de um tema que é *ponto essencial de conexão* entre a especulação filosófica e a investigação positiva.

Só a Filosofia Jurídica, no entanto, indaga das condições primeiras da *validade* do Direito, ou seja, da "validade da validade" em seus três aspectos: o ético, o técnico-jurídico e o histórico-social.

Em conexão necessária desdobram-se as suas pesquisas sobre os valores, enquanto legitimam dadas modalidades de conduta (as intersubjetivas); sobre a logicidade das normas que determinam esses comportamentos; e sobre a efetiva atualização social das exigências axiológicas assim normativamente consagradas.

Daí termos afirmado que, em síntese, a Filosofia do Direito é a *ciência das condições transcendentais da validade jurídica,* ou seja, das condições segundo as quais se tornam possíveis as indagações que, no plano das relações empíricas, são realizadas, respectivamente, pela Política do Direito; pela Sociologia e a Psicologia Jurídicas, e pela Ciência do Direito ou Jurisprudência.

Compreende-se desde logo a grande dificuldade que há no trato dessa matéria, máxime quando se pretenda traçar um limite rigoroso entre as distintas especulações filosóficas ou entre estas e as de cunho científico-positivo.

Toda indagação de Deontologia Jurídica, por exemplo, embora concernente em tese ao problema dos valores do Direito, implica uma referência necessária à estrutura da experiência jurídica e aos modos de positivação do Direito, o que decorre da já reconhecida implicação dos elementos constitutivos da juridicidade. O mesmo dar-se-á na Epistemologia Jurídica, ou na Culturologia Jurídica, visto como não é possível cuidar da vigência ou da eficácia com perda do *sentido axiológico* que faz com que a questão se situe no âmbito específico do Direito, e não no da Moral ou da Economia etc.

Quando, por conseguinte, o jusfilósofo estuda o problema da *eficácia* ou da *vigência* do Direito, deve necessariamente conduzir sua pesquisa *sub specie* axiológico-jurídica, assim como não há problema da *vigência* que não se refira à *eficácia.,* nem desta que possa não se referir àquela. As partes especiais da Filosofia Jurídica, por nós discriminadas no Capítulo XXI, correspondem a objetos distintos de especulação como momentos diversos de unia pesquisa, cuja compreensão unitária a Ontognoseologia Jurídica previamente

ressalva.

Acontece, porém, com esta ordem de estudos, algo mais delicado. Se o problema filosófico do *fundamento* do Direito pode ser desenvolvido com abstração das cogitações sobre os fundamentos particulares e empíricos apreciados *in concreto* pela Política do Direito — à qual cabe resolver sobre a norma adequada ou conveniente, conforme variáveis exigências espácio-temporais — , já será mais difícil extremar uma pesquisa de Epistemologia Jurídica ou de Culturologia Jurídica daquelas que, por serem meras generalizações conceituais no plano empírico, cabem mais à Teoria Geral do Direito e à Sociologia Jurídica.

Daí a tendência à simplificação rigorosa do assunto que se nota em alguns trabalhos mais recentes. Nessa ordem de idéias, vemos Norberto Bobbio afastar da Filosofia do Direito as duas partes que concernem ao Direito em sua estrutura formal ou em sua eficácia social.

Segundo Bobbio, a Filosofia Jurídica como tal não abrange senão a Metodologia Jurídica e a Teoria da Justiça: ela determina os *fins* em que a sociedade humana deve se inspirar; a Sociologia Jurídica indica os *meios* que devem ser usados para alcançar melhor aqueles fins; e, finalmente, a Teoria Geral do Direito estabelece a *forma* dentro da qual aqueles meios devem se conter para atingir o fim visado. O Direito seria assim estudado, por três ciências distintas, na sua formação e evolução; na sua estrutura formal, e no seu valor [1].

Esta discriminação, que se prende a uma concepção tridimensional genérica, sacrifica, a nosso ver, problemas que não podem ser resolvidos mediante simples generalizações empíricas, como passamos a enunciar, em largos traços, nos limites compatíveis com a natureza deste Curso.

1. NORBERTO BOBBIO, *Teoria della Scienza Giuridica,* Turim, 1950, págs. 18 e segs.

213. Indagar filosoficamente do fundamento do Direito é estudar os valores enquanto deles resultam fins, cuja atualização possa implicar relações intersubjetivas; é penetrar no mundo das exigências axiológicas para determinar as "possibilidades" de realização de formas de coexistência social que sejam *positivas.* Consoante os axiomas de Brentano sobre a realização do valioso, reputamos fundadas ou *positivas* as convivências que favorecem, por sua estrutura e sentido, a existência de valores positivos e a inexistência de valores negativos '\

O problema do fundamento do Direito, desse modo, não se perde na abstração formal de um único tipo idealizado de "sociedade justa", como a concebida por Rudolf Stammler entre homens "livre-volentes". Põe-se, ao contrário, no plano histórico, como *formas possíveis de convivência* segundo a natureza de seu conteúdo axiológico, visto como todo *dever ser é* inseparável das idéias de *valor* e de *fim.*

Cabendo à Filosofia do Direito o estudo das "condições transcendental-axiológicas" do Direito (e não o das condições puramente lógico-formais) é claro que o seu problema essencial é o do fundamento. Seu exame poderá levar-nos a conceber vários *tipos ideais* de sociedades possíveis, nas quais, como a experiência histórica no-lo revela, se distribuam e se escalonem os processos de atualização de valores segundo este ou aquele outro centro de preferência axiológica peculiar a um dado ciclo de cultura ou civilização, para saber como o Direito *se positiva* para salvaguardar as comunidades *positivamente* fundadas \

Caberá, então, indagar — e será este um dos pontos salientes da *Deontologia Jurídica* — da existência de algo insuscetível de alteração substancial naqueles tipos de convivência surpreendidos nas linhas dominantes do processo histórico-social.

2. Cf. *supra,* cap. XVI e *Lições Preliminares de Direito,* cit., capítulo X.

3. Essa correlação entre coexistência social *positiva* e Direito *Positivo* não é mero jogo de palavras: atinge a essência da juridicidade.

Sem tentar a síntese dessa ordem de estudos, antecipando

conclusões aliás já esboçadas em nosso livro sobre os *Fundamentos do Direito,* limitamo-nos, por ora, a dizer que a verdade nos parece estar com aqueles segundo os quais, na história da experiência axiológica, há *bens* ou formas de atualização de valores que, uma vez adquiridos, não sofrem mais a erosão comprometedora do tempo, podendo ser considerados *invariantes axiológicas.*

Temos, além disso, a convicção de que, apesar das incessantes mutações históricas operadas na vida do Direito, a vida deste pressupõe um núcleo resistente, uma *"constante axiológica do Direito",* a salvo de transformações políticas, técnicas ou econômicas.

A existência de uma "constante estimativa do Direito" é que possibilita, a nosso ver, a compreensão do fenômeno jurídico como fenômeno universal. O fenômeno jurídico, em sua essência, traduz o que há de universal em nosso espírito, o que há de *comum* entre um homem e outro, o *ego* e o *alter.*

Assim como o homem muda cotidianamente sem perder a sua essência, assim como hoje não somos o que éramos dias atrás (mas permanece sempre uma constante psíquica c moral que nos individualiza), da mesma forma, os fatos jurídicos sofrem alterações radicais, mas persiste sempre como que um "eu jurídico", em virtude do qual o fluxo dos acontecimentos não perde a nota da juridicidade que os distingue e legitima.

O problema do fundamento do Direito está, pois, ligado ao do *Direito Natural,* visto como, com esta expressão, se admite a existência de algo irredutível ao Direito historicamente positivado.

São diversas as concepções do Direito Natural, mas bastará, para os fins especiais deste capítulo, distinguir entre uma teoria *transcendente* e outra *transcendental.* A primeira fundamenta o Direito Positivo em algo de intemporal c a-histórico, chegando a conceber o Direito Natural como um arquétipo ideal, uma realidade ontológica válida em si mesmo. Já a segunda a transcendental, limita o campo do Direito Natural ao plano deontológico, em correlação e funcionalidade necessárias com o plano da experiência histórica do Direito.

Nosso conceito do Direito Natural é de caráter *conjetural* e *axiológico:* não representa nada de abstrato ou de abstraído do processo histórico, pois é por ocasião deste que se nos revela como *condição transcendental* de possibilidade da vida do Direito. No fundo, eqüivale ao conjunto das condições transcendental-axiológicas que tornam a experiência jurídica possível".

4. O termo "Direito Natural" parece-nos insubstituível, apesar de lhe terem sido dadas as conotações mais diversas. Até mesmo Kelsen denomina a sua teoria da norma fundamental de "Direito Natural lógico-transcendental". (Cf. KELSEN, *Natural Law Doctrine and Legal Positivism,* trad. de W. H. KRANS; Apêndice à *General Theory of Law and State,* cit., pág. 437: "A teoria da norma fundamental", afirma Kelsen, "pode ser considerada uma doutrina do Direito Natural, em consonância com a Lógica transcendental de Kant".)

Quanto à nossa concepção do Direito Natural, v. nosso estudo "Personalismo e historicismo axiológico", na *Rev. Brás. de Filosofia,* 1955, fase. 20, e o ensaio "Pessoa, Sociedade e História", em *Pluralismo e Liberdade,* cit., e *Lições Preliminares de Direito,* cit., capitulo XXVII, e sobretudo a 1.ª parte de *nossa obra Nova Fase do Direito Moderno,* cit.

Sobre os conceitos essenciais de *constantes* e *invariantes axiológicas,* no decurso do processo cultural, *vide o* que escrevemos em *Experiência e Cultura,* págs. 59 e segs. e *passim.*

Ao lado das teorias que admitem algo de estável, ontológica ou deontologicamente, no Direito, doutrinas há, todavia, que o apresentam como uma experiência intrincada e conflitante de soluções particulares, cujo fundamento seria variável nos quadrantes da História, assim como de lugar para lugar. Outros autores chegam mesmo a declarar que a questão do fundamento é um pseudoproblema para o cientista, só podendo ser resolvido na *praxis,* em função de motivos emocionais.

A nosso ver, não se poderia sequer falar de Filosofia do Direito se esta não se empenhasse na pesquisa dos valores que dão legitimidade ética ao sistema do Direito e aos institutos jurídicos particulares.

É nessa ordem de idéias que se põem outros aspectos da validade, como, por exemplo, o problema das regras jurídicas imperfeitas, pois, a rigor, devem ser consideradas *perfeitas* só as normas de Direito dotadas de fundamento ético e que, originadas de um processo coerente e lógico de competências, sejam efetivamente obedecidas pelos membros de uma convivência; nelas, por

conseguinte, atende-se a exigências axiológicas, psico-sociológicas e técnico-formais.

Infelizmente, pode haver as nascidas puramente do arbítrio ou de valores aparentes, que só o legislador reconhece. Entretanto, não deixam de ser jurídicas, porque possuem *vigência.* Daí um problema dos mais sutis e relevantes: o da obediência ou não às leis destituídas de fundamento ético e a sua *positividade.*

Há, por outro lado, fenômenos curiosos de mudança de fundamento. Muitas vezes, os meios técnicos não alcançam os resultados previstos; o legislador pensa atingir um fim, mas a lei fica a meio do caminho, insuficiente e incapaz de atingir o alvo colimado.

Outras vezes, abre-se a possibilidade de múltiplas vias da atualização, todas igualmente legítimas ou axiologicamente equivalentes, cabendo optar por uma delas segundo motivos ditados por fatos contingentes, em razão do sentido geral do Direito já em vigor, ou de fatores submetidos à prudência do Poder.

Nem todas as leis alcançam sucesso. Algumas realizam fins completamente imprevistos. Cabe aqui a observação de Wilhelm Wundt sobre a heterogenia dos fins: muitas vezes o homem pratica um ato visando a certo fim, e verifica, com surpresa, ter dado azo à realização de fins diversos e insuspeitados.

Muitos sucessos históricos explicara-se à luz da lei de Wundt. Inicia-se um levante social para atingir-se um objetivo, e eis que, por motivos supervenientes, os fatos complicam-se, e outras realidades se impõem aos que se julgavam senhores dos acontecimentos. Foi c que aconteceu, por exemplo, com a Revolução brasileira de 1930, de propósitos originalmente liberais e que, no entanto, acabou abrindo perspectivas às exigências socialistas ou antiindividualistas, e parece ser mesmo o contraditório destino de todas as revoluções.. .

Ora, se o Direito nem sempre logra êxito na consecução do valor proposto, é necessário, ao menos, que haja sempre uma tentativa de realizar o justo. Pouco importa que não se alcance êxito; o que importa é que se incline à realização do justo. Daí a frase de Stammler: *"Todo Direito deve ser uma tentativa de Direito Justo",*

frase que pôs em evidência o problema do valor e o sentido humanístico da vida jurídica, reclamando toda uma pesquisa de *conteúdo* que o mestre neokantista não se propusera fazer.

Posta assim a questão, compreende-se que há uma problemática do fundamento para o filósofo e outra para o político do Direito: é a este que compete indagar do fundamento *in concreto,* segundo razões de oportunidade e de conveniência, dando primordial importância à existência ou à possibilidade de *meios idôneos* aos instrumentos de ação prática.

O Direito *positiva-se* através de um processo intrincado que apresenta um momento essencialmente político, que é o da interferência do Poder no âmbito das estimativas, traçando o círculo das classes de ações possíveis. Segundo Benedetto Croce, em se tratando de leis, como as jurídicas, quer-se uma "classe de ações", sendo as leis "atos *volitivos* que têm como conteúdo uma série ou *classe* de ações", enquanto que no plano estritamente moral o querer tem um valor universal, é "volição do universal"[5].

As leis jurídicas, acrescentamos nós, representam formas de especificação ou tipificação de deveres morais e econômicos, segundo esquemas ideais de conduta considerados necessários, indiferentes ou ilícitos, ou, por outras palavras, axiologicamente positivos ou negativos em relação à sociedade e ao Estado. Sendo axiologicamente muito mais amplo o campo do *Direito possível* do que o do *Direito Positivo, é* este delimitado na órbita daquele através de um inevitável trabalho de especificação de caráter espácio-temporal, a fim de pôr em sintonia as normas vigentes com as múltiplas exigências da sociedade civil.

5. Cf. Croce, *Filosofia della Pratica* — Econômica ed. Ética, 4ª ed., Bari, 1932, págs. 307 e segs. Sobre a aplicação dessa tese nos domínios jurídicos, cf. Cesarini SFORZA, *Storia della Filosofia del Diritto in Compêndio,* Pisa, 1938, págs. 231 e segs. Como observa L. Bagolini, querer uma classe de ações não é, no entanto, um querer abstrato ou sem conteúdo, como pretende Croce. (Cf. *Studi Senesi.* 1950, vol. LXII.)

Em suma, *entendemos por fundamento, no plano filosófico, o valor ou o complexo de valores que legitima uma ordem jurídica,*

dando a razão de sua obrigatoriedade, c dizemos que uma regra tem fundamento quando visa a realizar ou tutelar um valor reconhecido necessário à coletividade. O mesmo problema é posto empiricamente pela *Política do Direito,* que assim se liga logicamente à especulação axiológica, por atender aos meios práticos de sua atualização, segundo a tábua dos valores dominantes.

As regras que tutelam, por exemplo, a propriedade individual, são consideradas dotadas de fundamento, porque visam a um valor considerado essencial ao nosso modo de conceber a vida e a sociedade, segundo as estimativas da cultura ocidental. Já em outros lugares poderão tais normas ser consideradas sem fundamento, produto do arbítrio de uma classe dominante.

A regra jurídica, portanto, deve ter, em primeiro lugar, este requisito: deve procurar realizar ou amparar um valor, ou impedir a ocorrência de um desvalor. Isto significa que não se legisla sem finalidade e que o Direito é uma realização de fins úteis e necessários à vida, ou por ela reclamados.

Existe sempre um valor iluminando a regra jurídica, como fonte primordial de sua obrigatoriedade. Todo o ordenamento jurídico de um povo origina-se de valores, e deles recebe seu sentido e significado. Se tirarmos do Direito Civil ou do Direito Penal a força axiológica que os sustem, será impossível compreender satisfatoriamente o problema da "normatividade".

Lembrar-se-á a existência de leis puramente coercitivas, válidas em virtude do Poder de que emanam, mas não é menos verdade que o simples fato de existir uma regra jurídica já representa, apesar dos pesares, a satisfação de um *mínimo de exigência axiológica: a da ordem e da segurança,* condição primordial do Direito, mesmo para que seja possível preparar-se o advento de outra "ordem" mais plena de conteúdo estimativo.

A idéia de justiça liga-se intimamente à idéia de ordem. No próprio conceito de justiça é inerente uma *ordem,* que não pode deixar de ser reconhecida como valor mais urgente, o que está na raiz da escala axiológica, mas é degrau indispensável a qualquer aperfeiçoamento ético. É sobre esse valor que repousa, em última

análise, a obrigatoriedade ou a *vigência* do Direito, razão pela qual dizemos que nele se consubstancia um "postulado da ordem jurídica positiva": *"Em toda comunidade é mister que uma ordem jurídica declare, em última instância, o que é lícito ou ilícito"*[6]

214. Seria, no entanto, incompleta ou falha a compreensão do problema do fundamento se nos limitássemos a apreciá-lo de maneira estática, destacando atos singulares da totalidade da ordem jurídica, por estarem em desacordo com as exigências axiológicas informadoras de um ciclo cultural ou, mais ainda, com as conquistas universais da experiência histórica.

Uma lei em conflito com a tábua de valores, que dá sentido e fisionomia a um ordenamento jurídico, representa apenas um episódio, um momento de anormalidade e, como tal, deve ser apreciado em função de todo o sistema do Direito, que condiciona não só a norma particular, mas o Poder mesmo de que emana.

6. O reconhecimento dos valores da "ordem" e da "segurança" como pressupostos inamovíveis da experiência jurídica prende-se à tradição do Direito, desde os filósofos gregos e os jurisconsultos romanos até nossos dias, apresentando-se com pequenas variantes que não atingem o "postulado da ordem jurídica", tal como é enunciado no texto. Cf., entre outros, HAURIOU: "A ordem social representa o *minimum* de existência, e a justiça social é um luxo até certo ponto dispensável" *{Aux Sources du Droit,* cit., 49); BRANDEIS: "Na maioria dos assuntos é mais importante que a regra de Direito aplicável seja estabelecida do que seja justa" (cf. EBENSTEIN, *op. cit.,* pág. 116); "O Direito não nasceu na vida humana em virtude do desejo de render culto ou homenagem à idéia de justiça, mas para satisfazer a uma urgência ineludível de seguridade e de certeza na vida social" (RECASÉNS SICHES, *Vida Humana,* cit., págs. 209 e segs.: "A seguridade como radical motivação do jurídico"). RADBRUCH: "Como escreveu GOETHE, no *Fausto* (P. II, ato IV), só pode ser senhor sobre nós aquele que nos assegurar a paz. É esta a norma fundamental sobre que descansa a obrigatoriedade de todo o Direito Positivo. Ela resume-se nestas palavras: "Quando numa comunidade existe um poder supremo, deve respeitar-se aquilo que ele ordena". *{Filosofia do Direito,* cit., pág. 119.) No mesmo sentido, poder-se-iam invocar as opiniões de JELLINEK, KELSEN, ROSCOE POUND, FARIAS BRITO e muitos outros. HUNTINGTON CAIRNS chega ao ponto de conceber o Direito em função da idéia de resistência à desordem. (Cf. *The Theory oi Legal Science,* cit., cap. 1.) Para a compreensão do problema com referência à *certeza do Direito,* v. a erudita e penetrante monografia de LÓPEZ DE OÑATE, *La Certezza del diritto,* Roma, 1950, 2ª ed. Quanto ainda ao reconhecimento do

valor *primordial* da ordem e da certeza, v. o vol. *La Crisi dei Diritto,* Pádua, 1953, notadamente os trabalhos de CAPOGRASSI e RAVÀ e a recente tese de TEÓFILO CAVALCANTI FILHO, *O Problema da Segurança no Direito,* cit., assim como o trabalho de R. CIRELL CZERNA, "Notas sobre o problema do Direito", em *Direito e Comunidade* (Ensaio de Filosofia Jurídica e Social), S. Paulo, 1965, págs. 198 e segs.

Essa linha de continuidade histórica, apesar das rupturas que às vezes se verificam, tende a restabelecer-se paulatinamente, segundo uma tendência inevitável à congruência lógico-normativa que anima e dirige a prática jurídica e a atividade doutrinária. Nunca é demais repetir que uma regra jurídica só vale inserida no corpo do sistema, recebendo e transmitindo às demais normas um *quantum* de validade, ou seja, influindo, positiva ou negativamente, na interpretação das outras normas e também recebendo destas a luz indispensável à sua própria interpretação.

É a razão pela qual, certas regras, repelidas com veemência ao serem promulgadas, dado o seu caráter manifestamente injusto, perdem muito de sua nocividade quando interpretadas como devem ser, não em si mesmas, mas em função de todo o Direito vigente.

Não resta dúvida que o primeiro dever moral do juiz é cumprir a lei (é este, muitas vezes, como diz Calamandrei, o santo martírio do jurista!) mas, consoante oportuno reparo de Capograssi, é também seu dever "reconduzir a lei singular à inteira *razão objetiva* que se exprime e se concretiza na experiência jurídica, em todo o ordenamento do mundo do Direito, em todos os princípios que o sustem". É esta a moralidade verdadeira do jurista [7].

7. CAPOGRASSI, Prefácio ao livro *La Certezza dei Diritto,* de FLAVIO LÓPEZ DE OÑATE, Roma, 2ª ed., 1950, pág. 18. Cf. CALAMANDREI, "La certeza dei diritto e la rosponsabilità della dottrina" *in Riv. dei Dir. Com.,* XL, 1942, págs. 341 e segs.

Apreciado, assim, o problema do fundamento com relação à totalidade da ordem jurídica positiva — não sendo demais ponderar que o Direito Estatal não é o único Direito Positivo, mas aquele em que a positividade se apresenta em mais alto grau [8] — e esclarecido que a questão não pode ser posta fora do âmbito da História, do

"processo" geral do desenvolvimento do Direito, verifica-se que fundamento, vigência e eficácia são elementos que se implicam e se exigem reciprocamente.

8. A questão da pluralidade da ordem jurídica positiva e de sua graduação é estudada por nós em *Teoria do Direito e do Estado,* cit., caps. IX e X, e em nosso livro *Estudos de Filosofia e Ciência do Direito,* Ed. Saraiva, 1978.

As normas de direito não são meras categorias lógicas, dotadas de validade formal indiferente ao conteúdo fornecido pelo complexo da experiência humana, de modo que, sob certo ponto de vista, *uma norma é a sua interpretação.* Longe de serem os esquemas de interpretação que os teóricos puros imaginam, como se fossem lentes destinadas a mostrar-nos a realidade em suas referências de imputabilidade, as normas valem em razão da realidade de que participam, adquirindo novos sentidos ou significados, mesmo quando mantidas inalteradas as suas estruturas formais.

O Problema da Vigência e da Positividade

215. As considerações acima revelam que não reduzimos o problema da *vigência* à consideração de seu aspecto técnico-formal, muito embora seja o de maior relevo no âmbito da Teoria Geral do Direito ou da Dogmática Jurídica, que é uma sua especificação.

Numa concepção puramente normativista, o problema da vigência confunde-se com o dos requisitos formais indispensáveis a que uma regra de direito adquira ou perca vigor (legitimidade do órgão emanador da lei; sua compatibilidade com outros de maior hierarquia; respeito à distribuição das competências; sanção, promulgação e publicação, para nos atermos ao exemplo mais comum das normas legais), pondo-se, quando muito, a questão suscitada por Kelsen da referibilidade da "vigência empírica" do sistema positivo à "validade transcendental" da norma fundamental hipotética. (Cf. cap. XXXII.)

Para nós, ao contrário, a vigência implica, necessariamente, uma referência aos *valores* que determinaram o aparecimento da regra jurídica, assim como às *condições fáticas* capazes de assegurar a sua *eficácia social.* Cabe-nos, por conseguinte, estudar duas correlações;

a do *fundamento* com a *vigência,* e a da *vigência* com a *eficácia.*

Há uma força nos valores que os inclina a se realizar, atualizando-se mediante a *vigência* de normas como as de natureza jurídica. Diríamos, parafraseando Hauriou. que os valores são como os deuses pagãos que só vivem bem entre os mortais. No fundo, os *valores somos nós mesmos,* mas não cada um de nós na sua singularidade pessoal, nem a soma dos indivíduos que compõem a espécie, mas sim o espírito humano em sua universalidade, irredutível às experiências estimativas, que são modos ou veículos de revelação do valioso.

Se os valores tendem a se realizar, o fenômeno jurídico é um dos modos principais de integração e vigência do valioso e de sua garantia. Não devemos, por conseguinte, pensar que o Direito seja um valor, em si, por mais que atualize valores, visto como *toda experiência jurídica é finita,* jamais converte totalmente os fatores estimativos em elemento intrínseco de seu processo; como a luz que se não exaure nas cores, embora as cores sejam tais por participarem da luz, cada expressão de realidade jurídica é um *bem cultural* pelos valores de que participa em sua finitude, dando origem a novas e incessantes formas de experiência jurídica [9].

9. Sobre a importância do princípio de *inexauribilidade dos fins* numa concepção historicista do Direito, cf. CESARINI SFORZA, *Filosofia del Diritto,* 3ª ed., 1958. A inexauribilidade dos fins, pensamos nós, é corolário do princípio de que é próprio do homem *transcender-se,* como expressão do poder nomotético do espírito.

Se toda exigência axiológica só se verticalizasse em uma única diretriz de conduta com ela compatível, cm lugar de abrir um leque de possibilidades múltiplas, não haveria solução de continuidade no processo de positivação do Direito; da exigência axiológica, manifestada através da comum "consciência estimativa", passar-se-ia ao Direito Positivo, não cabendo aos homens de governo senão a serena missão de surpreender os fenômenos jurídicos em estado nascente, para reconhecer e proclamar a obrigatoriedade de suas regras. Os juristas que, como Duguit ou Krabbe, nos falam no primado ou na "soberania do Direito", de uma forma ou de outra idealizam a nomogênese jurídica, preferindo o Direito revelado através do jogo obscuro das forças irracionais, ao risco de um

Direito positivado em virtude de uma escolha atualizadora de valores, escolha essa racionalmente feita pela autoridade competente, que nem sempre se confunde com a de um órgão do Estado.

Todavia, ante a possibilidade de diversas formas de atualização do valioso e ante a indeclinável necessidade de atualizá-lo no decurso da história, põe-se o problema da *positividade do Direito,* que consiste em saber como os preceitos jurídicos se tornam vigentes de maneira efetiva, e não apenas aparente.

O termo *positividade* pode ser tomado em duas acepções principais, já discriminadas por Stammler. Em um primeiro sentido, Direito *Positivo é* aquele que regula *juridicamente* aspirações *concretas,* de maneira que todo o Direito histórico, em seu modo concreto de manifestar-se, é *Direito Positivo* [10].

Em uma acepção mais restrita, a expressão *positivo* pode designar aquelas normas e instituições de um Direito histórico considerado simplesmente *em sua existência atual* [11].

Num e noutro caso, a *positividade é* mais do que *vigência* ou *eficácia,* porque podemos conceber três modalidades de Direito Positivo: o dotado atualmente de *vigência; o* que já a perdeu; e o que está em vias de obtê-la [12].

Daí a teoria stammleriana da *vigência* como uma "possibilidade de eficácia", ou, para empregarmos suas próprias palavras, "vigência do Direito é a *possibilidade de implantá-lo" (Das Gelten eines Rechtes ist die Möglichkeit, es durchzusetzen)*, devendo-se entender a palavra *possibilidade* em sentido kantiano, como o próprio Stammler o adverte.

10. Cf. STAMMLER, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie,* cit., pág. 94, § 49. Lembre-se a afirmação de KELSEN: "Por isso é rigorosamente exato afirmar que uma ordem jurídica é *positiva* se se individualiza e enquanto se individualiza". *{Teoria General dei Estado,* cit., pág. 327.)

11. STAMMLER, *op. cit.,* § 50.

12. *Idem, ibidem,* § 67, pág. 143.

Na concepção stammleriana do Direito, porém, o problema da positividade, apesar de ter sido justamente apreciado como

correlação entre possibilidade e realização efetiva, permanece um problema de certo modo acessório, como um problema *psicológico* relativo aos modos de *realizar* determinadas normas de Direito e de dar-lhes efetividade, tornando-se *"sensível* a vontade que do Direito consiste" ou *"perceptíveis* as aspirações conceitualmente determinadas como jurídicas"[13].

Esse entendimento da positividade como correlação entre vigência e eficácia é também o de René Capitant, o qual, no entanto, exagera a importância do elemento sociológico, declarando que "o Direito Positivo é o Direito *reconhecido válido* para a generalidade de seus súditos"[14].

Transpõe-se, desse modo, o problema para o plano empírico da Sociologia ou da Psicologia Jurídicas, tornando-se a positividade, como acontece na obra de outro eminente neokantiano, uma *nota acessória do Direito* [15] quando nos parece tratar-se, consoante justa ponderação de Carlos Cossio, de uma das questões primordiais da Ciência do Direito [16].

13. *Idem, ibidem,* §§ 68 e 69. São de STAMMLER OS grifos em todos os trechos supracitados.

14. RENÉ CAPITANT, *f/licite,* t. I, *L'Imperatif juridique,* Paris, 1929, pág. 123.

15. Cf. DEL VECCHIO, "Sobre a positividade como caráter acessório do Direito", em *Direito, Estado e Filosofia,* cit., págs. 49 e segs.

16. Cf. CARLOS COSSIO, *Teoria Egológica dei Derecho,* cit., pág. 197.

Esse problema, todavia, só poderá ser resolvido se integrarmos vigência e eficácia em uma síntese dialética, e não em termos de Lógica Jurídica transcendental, como faz Cossio, ou então, mediante soluções empírico-sociológicas de valor ilusório no plano filosófico.

216. A vigência, como se vê, é problema bem mais complexo c profundo do que o ligado ao seu sentido técnico-jurídico, que reclama a satisfação de requisitos formais, como a verificação da competência do órgão emanador da regra; a compatibilidade de uma norma com as normas subordinantes de caráter constitucional ou não; a obediência a trâmites ou processos que condicionam sua gênese em um dado ordenamento etc. Estes são problemas de Teoria

Geral do Direito, atinentes à estrutura formal do Direito nos limites de um sistema particular de normas: há, porém, que examinar o que a exigência de "estrutura formal" representa por si mesma, como característica universal da juridicidade.

O mínimo de fundamento axiológico, exigido pela sociedade em qualquer circunstância, postula, também, a *certeza* do Direito, põe e exige um Direito *vigente.* O principio da *certeza* preside — em díade indissolúvel com o da *segurança* — todo o evolver histórico da *vigência do Direito,* e, por via de conseqüência, a toda a história do *Direito Positivo.*

Diz-se Direito Positivo aquele que tem, já teve, ou está em vias de ter vigência e eficácia. Compete ao filósofo do Direito investigar em que sentido *a positividade* é da essência do Direito; se é uma noção redutível ao conceito de *historicidade;* em que círculos ou âmbitos sociais a positividade jurídica se realiza; se há distinções ou graus nas formas de sua atualização etc.

São, pois, as complexas questões sobre a "sistemática do Direito" e a "unidade da ordem jurídica positiva", assim como o *problema das fontes e modelos jurídicos* que se põem no centro de qualquer estudo sobre a vigência, que é a vida mesma das normas jurídicas.

Caberá à Epistemologia Jurídica examinar tais questões, e outras conexas, a fim de esclarecer se a atualização dos valores do justo se opera em uma única ordem jurídica (teoria da *estatalidade* do Direito) ou em uma multiplicidade de ordenamentos ou ordens institucionais (teoria da *pluralidade* da ordem jurídica positiva), e, nesta segunda hipótese, se todos os ordenamentos possuem igual força obrigatória, a mesma *vigência,* ou se esta se escalona ou se hierarquiza. Eis aí alguns temas de Filosofia Jurídica postos pelo exame da *vigência,* que à Teoria Geral do Direito ou à Sociologia Jurídica não será dado resolver.

A análise da *vigência* em seu aspecto técnico-formal pressupõe todo um mundo jurídico já formado, com as suas normas integradas em sistema e um complexo de atos e de juízos que nele se praticam. O problema filosófico da vigência põe-se antes dessas questões, porque se refere às condições de validade de qualquer ordem

jurídica positiva.

Para subordinar-se uma regra a outras e explicar a sua obrigatoriedade, já é mister dar como assentes soluções epistemológicas, entre as quais as da Lógica pura e, especialmente, da Lógica normativa concernente à estrutura das regras de Direito e à natureza dos nexos de *dever ser (Lógica Jurídica Deôntica ou Deôntica Jurídica).*

Por outro lado, a vigência nunca é de uma regra singular, destacada do sistema, mas só pode ser de "uma regra *no* sistema", donde resultam perquirições necessárias sobre a plenitude ou não de uma dada ordem jurídica, a existência de *lacunas* na legislação ou no ordenamento, assim como sobre se há *normas* fundamentais (lembre-se, por exemplo, a teoria de Kelsen) explicativas da va-lidez do Direito.

A compreensão da vigência na "situação de uma dada ordem jurídica" tem sido posta em evidência no plano dogmático, ao reclamar-se "logicidade" ou "compatibilidade lógica" para toda regra nova que se integre em um sistema. Daí também o entendimento da ordem jurídica como um *lucidus ordo,* no qual cada elemento possui um lugar definido e não pode ter outro, de modo que toda interpretação lógica se revela concomitantemente sistemática. Viu-o bem Rui Barbosa ao lembrar que "a ligação (da matéria dos textos legislativos) não há de ser meramente a vizinhança material entre as linhas do mesmo texto. Ela não se concebe sem a *consentaneidade lógica* entre os dois pensamentos que a contigüidade literal aproximou. Nunca se cogitou, portanto, de mera confinidade material nos diversos parágrafos de uma lei"[17].

17. Rui Barbosa, *Anistia inversa,* Prefácio — Ninguém no Brasil teve mais do que Teixeira de Freitas a aguda compreensão da vigência na unidade do sistema, a ponto de advertir: "O sistema inteiro de um código depende muitas vezes de uma disposição". *(Consolidação das Leis Civis,* 3ª ed., Rio de Janeiro, pág. LIX). Nesse sentido, v. as preciosas observações de Paula Batista em sua *Hermenêutica Jurídica,* Recife, 1860.

Se assim é, do ponto de vista *estático,* outros problemas surgem quando se considera a ordem jurídica em sua dinamicidade, com

conseqüências relevantes, por exemplo, quanto à doutrina da interpretação ou ao entendimento da real natureza do Direito que deixou de ser vigente, mas continua sendo eficaz em seus efeitos.

Quanto ao primeiro problema, Emílio Betti lembra com acerto o "círculo de reciprocidade e de contínua correlação" existente entre a vigência da ordem jurídica, da qual se infere a máxima da ação, e o processo interpretativo, de tal modo que "interpretar não é apenas renovar o conhecimento de uma manifestação do pensamento, mas tornar a conhecê-la para integrá-la na vida de relação". Não se realiza, por conseguinte, na interpretação, uma pura função recognitiva de um pensamento cerrado em si mesmo, na sua peculiaridade histórica, mas um trabalho fecundo tendente a desenvolver diretrizes para a ação prática [18].

É a razão pela qual não se deve, como observa o citado mestre de Roma, confundir a interpretação jurídica com a de expressões puras da arte e do pensamento: esta visa a reconstituir no seu valor estético e lógico uma intuição ou um pensamento, assim como a interpretação histórica tem em mira a captação do sentido em si pleno de documentos e de ações, na sua autonomia originária e coerente; a interpretação jurídica, ao contrário, não pode se contentar com uma recognição teórica, mas deve ir além, quer para tornar o preceito assimilável à vida, quer para submeter o fato a um diagnóstico jurídico [19].

18. Emílio Betti, *Interpretazione della Legge e degli Atii Giuridici* (Teoria Generale e Dommatica), Milão, 1949, pág. 4.

19. *Idem, ibidem,* pág. 6. Cf., do mesmo autor, *Teoria Generale dell'Interpretazione,* Milão, 1955. Nesta obra notamos que o eminente jurisconsulto, fundado em uma concepção histórico-axiológica, chega, em muitos pontos, a conclusões análogas às já firmadas na primeira edição deste livro (1953).

217. O problema da vigência, aparentemente técnico-formal, envolve, como se vê, questões de natureza estritamente filosófica, sobretudo se lembrarmos que a *forma* (a norma) do Direito é uma exigência de *certeza* e esta, consoante límpida demonstração de López de Oñate, exige uma abstrata formulação normativa, mas

abstrata somente na medida indispensável para manter de maneira precisa a estrutura da ação, ou seja, para torná-la objetiva e historicamente concreta [20].

A abstração normativa não se compreende, por conseguinte, sem referência ao plano da ação concreta à qual se destina, tão certo como toda regra de Direito *vige* com pretensão de *eficácia,* assim como lhe não pode faltar pretensão de ser *justa.*

Não é possível vigência sem certeza ou sem organização, pois a incerteza e o arbítrio são incompatíveis com a vida jurídica que traduz sempre um esforço contínuo de composição de pretensões e de interesses. Uma abstração destinada a salvaguardar a conduta concreta, e, ao mesmo tempo, uma organização para preservar a liberdade, eis dois dos objetivos constantes da experiência jurídica que implica sempre uma estrutura formal e uma função normativa.

A *forma,* assim entendida, como tipificação garantidora dos comportamentos que prefigura e legitima (e a *previsibilidade,* já o dissemos, foi fermento da cultura) reflete a plenitude da *positividade jurídica,* dado que esta não pode ser desligada no momento da *vigência,* para só se confundir com o outro momento, igualmente necessário e correlato: o da *eficácia* social dos preceitos.

Desde Savigny e a Escola Histórica, tem-se acentuado a tendência de confundir-se *positividade* e *eficácia* para se determinar o conceito de *positividade* [21].

20. LÓPEZ DE OÑATE, *op. cit.,* pág. 175.

21. Nesse sentido, v. MAX ERNST MAYER, *Filosofia dei Derecho,* trad. de Legaz y Lacambra, Ed. Labor, 1937, pág. 127; EDUARDO GARCIA MÁYNEZ, *La Definición dei Derecho,* cit., págs. 28 e segs.

A *positividade* envolve vigência e eficácia, constituindo uma das formas essenciais de realização social de valores, a qual implica sempre necessidade de uma escolha, de uma opção entre várias vias possíveis. Donde a necessidade de se reconhecer que todo Direito — e não só o estatal, dotado de maior grau de positividade —, não se positiva sem um momento de *voluntas* opcional ou de "arbítrio", se é que se pode falar em arbítrio quando o poder interfere para eliminar o arbítrio, pondo termo à insegurança e à incerteza [22].

22. Lembre-se a frase de López de Oñate: "O legislador vale-se do arbítrio para eliminar o arbítrio" (op. *cit.,* pág. 146), o que corresponde à incisiva ponderação de Hegel: "O arbítrio, longe de ser a vontade na sua verdade, é antes a vontade como *contradição".* (Cf. *Grundlinien,* cit., § 15.)

Desse modo, ao problema da vigência liga-se o do Poder, o qual não pode ser considerado simples *momento da juridicidade,* ou o momento em que uma conduta jurídica se torna vigente; nem tampouco ser apresentado como mera expressão da vigência e da eficácia de uma ordem legal dada.

Parece-nos que a razão está com Hermann Heller quando diz que "enquanto se contrapuser, sem qualquer gênero de mediação dialética, o Direito ao Poder, não se conseguirá compreender com rigor o que é específico do Direito ou do Estado e, por conseguinte, a relação existente entre um e outro. Tornam-se, sobretudo, incompreensíveis a validade e a positividade do Direito sem uma correlação entre Estado e Direito [. . .]. Privando-se o Direito de seu caráter de formador de Poder *(machtbildenden Charakter)* não existe nem validez jurídico-normativa, nem poder estatal; porém, negado ao Poder o seu caráter de revelador do Direito *(rechtbildenden Charakter),* não existe positividade jurídica, nem Estado"[23].

23. Hermann Heller, *Staatslehre,* Leiden, 1934, pág. 191.

Pena é que Hermann Heller não haja reconhecido que é impossível essa correlação sem se abandonar a concepção do Direito como *"abstrata* estrutura ou totalidade de sentido", ponto de vista a que se manteve apegado e que comprometeu em parte o programa que se traçara de superar sociologismo e normativismo jurídicos, bem como as antinomias entre "ser" e "dever ser", natureza e espírito, ato e sentido, vontade e norma [24].

24. *Op. cit.,* págs. 41 e 188. Sobre *positividade* e *organização* cf. Walther Burckhardt, *Der Organisation der Rechtsgemeinschaft,* Zurique, 1944, págs. 123 e segs.

Toda compreensão do Direito de caráter formal acaba dan do valor secundário ou acessório aos problemas do Poder e da

positividade, mesmo quando é reconhecida a funcionalidade entre vigência e eficácia e nesta correlação se faça consistir a característica da positividade. Nesse sentido, são eloqüentes as conclusões insuficientes de Kelsen, de Stammler, de Del Vecchio e de René Capitant.

O Problema da Eficácia

218. Uma norma não surge como arquétipo ou esquema ideal, mas como elemento integrante de um *modelo de uma classe de ações exigida, permitida ou proibida pela sociedade,* em virtude da opção feita por dada forma de comportamento. A regra de Direito é, pelo visto, um esboço de ação, ou melhor, a indicação de um *sentido* que envolve sempre problemas concretos de interpretação, de correspondência necessária entre o seu enunciado e as conjunturas histórico-axiológicas [25].

Em virtude dessa pretensão de eficácia ou de efetiva correspondência no seio do grupo — que completa a pretensão de justiça inerente a todo preceito jurídico autêntico —, muitos autores reduzem a vigência à eficácia, consoante a conhecida afirmação de Max Ernst Mayer: "Validez ou vigência eqüivale a influência social, a eficácia"[26].

25. Podemos conceber a norma como "o querer de uma classe de ações", mas reconhecendo que quando alguém *quer,* em consonância com a norma, está concomitantemente querendo a norma, o que dá sentido ético e não econômico a seu querer. Daí a impossibilidade de equiparar a norma a uma lei físico-natural: esta c *verificada* em cada experiência que se lhe conforme; aquela é e*xecutada* em cada experiência que se lhe subordine. (Cf. Cesarini Sforza, *Filosofia dei Diritto,* cit.)

26. Max Mayer, *op. cit.,* pág. 128.

Desse modo, "a medula de toda a legislação, considerada do ponto de vista da Filosofia do Direito", passa a ser o *reconhecimento* de normas de cultura por uma sociedade organizada, notadamente por um Estado, e a validez aparece como sendo "a forma psicológico-social do objetivamente justo"[27].

Essa doutrina seria mais defensável se existisse alguma sociedade homogênea, de maneira que a norma reconhecida pelo Poder também o fosse, sem discrepância, por toda a comunhão social, inclusive quanto à escolha de uma via ou de certos processos técnicos dentre os múltiplos que a realização dos valores possibilita. Dir-se-á que o "reconhecimento" geral se presume na falta de reações coletivas, ou que a aceitação da ordem institucional envolve a do Poder correspondente, bem como o reconhecimento de sua discrição normativa, mas ficará sempre de pé a correlação já apontada entre *vigência* e *eficácia* como da essência da positividade jurídica.

Além do mais, como observa Hans Kelsen, "a eficácia é condição da vigência; mas, condição, não a razão dela. Uma norma não é válida *porque* eficaz; é válida *se* a ordem a que pertence é, no seu todo, eficaz"[28].

27. *Op. cit.,* págs. 130 e segs.

28. *General Theory of Law and State,* cit., pág. 42.

Cumpre, porém, acentuar — e isto não é feito por Kelsen nem mesmo quando aprecia o problema sob o ponto de vista dinâmico — *a correlação dialética entre vigência e eficácia, sem a qual não há positividade jurídica.*

Toda norma vigente destina-se a influir efetivamente no meio social e é porque vige e influi que se torna *positiva.* Daí a necessidade de se estudarem as condições empíricas da eficácia, no âmbito da Sociologia Jurídica, assim como as suas "conexões de sentido" no plano da Culturologia Jurídica.

Toda norma jurídica, uma vez *vigente,* pode tornar-se eficaz, mesmo quando já revogada. Poder-se-á objetar que uma lei continua produzindo efeitos depois de revogada só porque outra lei vigente manda respeitar as situações jurídicas definitivamente constituídas ou aperfeiçoadas no regime da lei anterior, ou então porque se deve aplicar a lei em vigor na época em que dados fatos ocorreram. Está certo. Mas isso quer dizer que existe um problema subjacente, digno de acurado estudo, o da *historicidade da vigência,* insuscetível de ser apreciado segundo meras estruturas formais [29].

29. Sobre o problema do *tempo* no Direito, v. MIGUEL REALE, *O Direito como Experiência,* cit., págs. 218 e segs.

Na realidade, não há necessidade de qualquer preceito legal obrigando a aplicação da lei vigente em uma época, para dirimir um conflito que nela se configure: é uma decorrência lógica da *vigência* em sua historicidade. Desse modo, uma lei não mais em vigor continua produzindo efeitos, é *positiva,* como certas estrelas remotas, há séculos extintas, que ainda nos encantam com suas cintilações.

O problema da eficácia do Direito não se põe, por conseguinte, apenas para uma ou várias regras particulares, nem estaticamente, para a totalidade do ordenamento: mister é considerá-lo historicamente, para determinar-se o *sentido geral* de sua ocorrência.

A correlação entre vigência e eficácia é de tal ordem, envolvendo toda a problemática da *positividade do Direito,* que ambos os estudos não podem deixar de ser feitos pela Epistemologia e pela Culturologia Jurídicas, no que se refere à caracterização da Ciência do Direito e da experiência jurídica, embora com propósitos distintos, uma indo da *eficácia* para a *vigência,* e a outra seguindo caminho inverso.

A eficácia, todavia, abrange outras questões ligadas à história do Direito, não para reconstituir as linhas dominantes de uma experiência passada e explicá-la na sucessão de seus eventos, mas para indagar de seu *sentido,* das evoluções e involuções jurídicas, das tábuas de valores do Direito enquanto *objetivados* na história. Essa tarefa, apesar de tantas vezes contestada, não se pode recusar a Filosofia do Direito, desde que não se confunda a Culturologia Jurídica com a Sociologia Jurídica ou com a História do Direito, duas ciências que não ultrapassam o plano empírico, nem podem indagar das condições e dos fins condicionantes da eficácia jurídica em sua universalidade.

Nem há necessidade de repisar que essa ordem de pesquisas implica a dos valores, que a Deontologia Jurídica desenvolve, pois,

normalmente, a regra de direito deve *viger* para atualizar *efetivamente* este ou aquele *valor.*

Pode surgir, no entanto, uma lei que jamais venha a ser cumprida por absoluta falta de ressonância no seio da coletividade. Depois de promulgada, existe apenas como "vigência" formal, porquanto a sociedade não se ajusta a seus ditames, ou então, altera seu sentido para que possa ser parcialmente executada. . .

São as leis que, por não atingirem o momento da eficácia, não se podem dizer *positivas.* Por outro lado, há regras de conduta efetivamente cumpridas e que, por o serem durante certo tempo com convicção de juridicidade, atingem o plano da *vigência* e tornam-se *juridicamente positivas.* Donde poder dizer-se que a positividade surge tanto quando a eficácia se faz vigente, como quando a vigência se torna eficaz, em ambos os casos valendo o pressuposto de um valor a realizar, quando mais não seja o de ordem e segurança.

219. A análise da eficácia suscita uma série de problemas que interessam tanto à Epistemologia como à Culturologia Jurídicas: um deles prende-se à natureza do Direito costumeiro e ao delicado problema da revogação das leis pelo desuso.

Se atentarmos ao Código Civil, veremos que os usos e costumes não ab-rogam, nem revogam lei; é preciso, entretanto, balizar o alcance dessa asserção nas coordenadas da Dogmática Jurídica. Todos os ordenamentos jurídicos, e o Código Civil é um deles, põem-se como unidades técnico-formais sem lacunas. O Código Civil, o Código Penal, são conjuntos de preceitos lógicos que se ordenam em sistemas; todo código tem a pretensão de ser pleno, de bastar para explicar todas as hipóteses possíveis da vida.

Um dos propósitos do legislador é o de que aquele sistema não possa ser revogado ou modificado, a não ser por outras regras escritas, que, implícita ou explicitamente, contenham a sua revogação. Isto, porém, somente pode ser aceito no plano técnico-formal, ou seja, no plano da Dogmática Jurídica.

A vida social, entretanto, é muito mais exigente e sorri dessas

pretensões técnico-formais. O que vemos, em verdade, são preceitos jurídicos que não são vividos pelo povo, por não corresponderem às suas tendências ou inclinações, por múltiplos motivos que não vêm ao caso examinar.

Há um trabalho, por assim dizer, de desgaste ou de erosão das normas jurídicas, por força do processo vital dos usos e costumes. O hábito de viver vai aos poucos influindo sobre as normas jurídicas, mudando-lhes o sentido, transformando-as até mesmo nos seus pontos essenciais, ajustando-as às necessidades fundamentais da existência coletiva.

Se imaginarmos, na história da espécie, a experiência do Direito como um curso de água, diremos que esta corrente, no seu passar, vertiginoso ou lento, vai polindo as arestas e os excessos das normas jurídicas, para adaptá-las, cada vez mais, aos valores humanos concretos, porque o Direito é feito para a vida e não a vida para o Direito.

Essa mudança nos quadros espirituais ou morais da ordem social tem um profundo significado, representando a condição geral em que necessariamente se situa o aplicador do Direito no momento decisivo de sua interpretação.

É por isso que dizemos que uma sentença nunca é um silogismo, uma conclusão lógica de duas premissas, embora possa ou deva apresentar-se em veste silogística. Toda sentença é antes a vivência normativa de um problema, uma experiência axiológica, na qual o juiz se serve da lei e do fato, mas coteja tais elementos com uma multiplicidade de fatores, iluminados por elementos intrínsecos, como sejam o valor da norma e o valor dos interesses em conflito [30].

30. Contestando, com razão, a redução da sentença a um silogismo, observa CALOGERO que "a verdadeira e grande tarefa do juiz consiste, não em inferir conclusões, mas antes e propriamente em encontrar e formular as premissas" (Cf. *La Lógica del Giudice,* cit., pág. 51.) Cf. idêntica posição em RECASÉNS SICHES, no seu belo trabalho *Nueva Filosofia de Ia Interpretación dei Derecho,* cit., especialmente págs. 128 e segs., onde o ilustre jusfilósofo reclama para o Direito o que ele denomina "logos de lo humano o de lo razonable".

Neste particular, o problema da eficácia pode verificar-se em

quatro hipóteses: ou a lei encontra logo correspondência na vida social, harmonizando-se vigência e eficácia; ou a lei, embora vigente e por ser vigente, deve subordinar-se a um "processo fático" para produzir todos seus efeitos [31], ou então, pode dar-se um fenômeno delicado: — o das leis que durante um certo período, mais ou menos longo, têm eficácia e depois a perdem; e, finalmente, o caso mais delicado ainda da vigência puramente abstrata, que não prenuncia uma experiência possível, e, como tal, sem qualquer efetividade.

Cabe aos homens de Estado evitar o divórcio entre a realidade social e certas normas, que não têm ou jamais tiveram razão de ser, porque em conflito com as tendências e os legítimos interesses dominantes no seio da coletividade. Infelizmente, muito facilmente se olvida que leis falhas ou nocivas, além do mal que lhes é próprio, redundam no desprestígio das leis boas.

O reajustamento permanente das leis aos fatos e às exigências da justiça é um dever dos que legislam, mas não é dever menor por parte daqueles que têm a missão de interpretar as leis para mantê-las em vida autêntica.

31. Exemplo típico de lei vigente, cuja *positividade plena* dependia de um ciclo ou processo de atos de *eficácia,* tivemos com a lei que restituiu à Municipalidade de São Paulo a sua autonomia. Tendo surgido a questão se podia ou não continuar em exercício o Prefeito *nomeado,* até a posse do Prefeito eleito, ou se a chefia do Executivo devia passar incontinenti ao Presidente da Câmara Municipal, aplicamos os princípios expostos no texto em um Parecer, do qual destacamos o seguinte trecho: "Toda lei é, em regra, uma projeção para o futuro, ora produzindo conseqüências imediatas, desde logo perfeitas em si mesmas, ora *provocando conseqüências, cuja satisfação pressupõe o início de um "processus",* e uma sucessão complexa de atos interligados como anéis de um sistema. Assim como há leis que, do ponto de vista formal da vigência, não são auto-aplicáveis ou *"self-executing",* visto como não são bastantes em si para a sua incidência, dependendo de regulamentação ou de novas regras jurídicas complementares; também há regras jurídicas, como as que asseguram autonomia e competência, cuja *eficácia* (que se não deve confundir com a vigência) implica, não formulação de novas regras, mas a realização de atos harmonizáveis entre si e desdobrados em uma sucessão congruente: enquanto tais atos se não verificam (atos de Poder Judiciário designando eleições, pleito, apuração, diplomação e posse do Prefeito, para focalizarmos a hipótese suscitada na Consulta) a autonomia plena está *in fieri,* como que em gestação". *{A Autonomia da Capital e a Permanência do Prefeito,* São Paulo, 1952, págs. 18-19.)

220. Embora já tenhamos deixado explícito nosso pensamento sobre o modo segundo o qual se deve distinguir o âmbito das pesquisas filosóficas, sociológicas e dogmáticas do Direito, respectivamente, não é demais concluir este título, com algumas considerações complementares para situarmos com precisão o âmbito da Ciência do Direito ou Jurisprudência.

Se concebemos a experiência jurídica como onticamente tridimensional, é claro que julgamos insubsistente uma Sociologia Jurídica que só cuide do fato social do Direito, com abstração de seus nexos normativos e axiológicos: faltaria a tal pesquisa a condição específica pela qual ela pretende ser *sociológico-jurídica* e não apenas sociológica. Não é dado ao sociólogo do Direito mutilar a realidade jurídica para cuidar de um fato que, sem estrutura formal e sentido axiológico, perderia a especificidade "jurídica". Se não houvesse a necessária referência às duas outras expressões da juridicidade, o fato não poderia, evidentemente, ser considerado *jurídico,* e a chamada Sociologia *Jurídica* não seria senão Sociologia, pura e simples, ou seja, uma ciência sobre os fatos sociais em geral.

O mesmo se deve dizer da Ciência do Direito, a qual não pode se propor apenas o estudo abstrato das normas, sem suas correlações com o mundo da experiência social e dos valores, embora seja necessário o estudo da norma jurídica *enquanto proposição lógica,* tal como é feito pela Lógica Jurídica formal, que é, porém, apenas uma das partes da Lógica Jurídica.

Com efeito, qualquer norma *jurídica,* privada de sua condicionalidade *fática* e do *sentido axiológico* que lhe é próprio, passaria a ser mera proposição normativa, reduzir-se-ia ao seu *suporte ideal,* que é, no fundo, o objeto próprio de um estudo de natureza lógica. À Ciência do Direito, ao contrário, não interessa só a forma, mas também c principalmente o conteúdo das normas, em sua *positividade,* como os parágrafos anteriores esclareceram, numa correlação essencial entre *vigência* e *eficácia* dos preceitos.

É a razão pela qual, em nosso livro *O Direito como Experiência,*

apresentamos a Jurisprudência como uma ciência que tem por objeto o estudo de *"estruturas normativas"* ou *modelos.* Fácil é perceber que no conceito de *modelo* está explícita a essencial *funcionalidade* existente entre o Direito e a vida social em sua concreção e dinamismo.

Pois bem, assim como o jurista estuda modelos jurídicos, isto é, estruturas fático-axiológico-normativas, também o filósofo do Direito não se limita a estudar os valores em si mesmos. A sua tarefa não se confunde com a do filósofo ou do axiólogo, visto como não lhe cabe indagar do ser dos valores, ou cuidar dos valores em geral, mas sim o estudo dos valores tais como estes se apresentam em função ou no âmbito da experiência do Direito-, seu objeto são, por conseguinte, os *valores* na medida e enquanto correlacionados com *jatos e normas,* ou mais precisamente, as condições transcendentais dos modelos jurídicos.

Fato, valor e *norma* devem, em suma, estar sempre presentes em qualquer indagação sobre o Direito, respectivamente como momento dos outros dois fatores. Desse modo, a Sociologia Jurídica, que cuida das condições empíricas da eficácia do Direito, não pode deixar de apreciar a atualização *normativa* dos *valores* no meio social. Poder-se-ia dizer que o sociólogo do Direito, recebendo os valores e as normas como experiência social concreta, tem como meta de sua indagação o *fato* da efetividade dos valores consagrados em normas positivas, ao passo que o jurista, enquanto tal, considera *valor* e *fato* em razão da *normatividade,* a qual é o seu objetivo específico. O filósofo do Direito, por outro lado, indaga das condições transcendental-axiológicas do processo empírico da vigência e da eficácia.

Nos três casos, porém, por diversa que seja a direção da pesquisa, esta não pode deixar de apreciar o fenômeno jurídico na integralidade de seus elementos constitutivos. Isto leva-nos a discriminar todo o campo do conhecimento do Direito nas seguintes ordens fundamentais de pesquisa, *segundo o prisma dominante,* mas não exclusivo, de seus três momentos fundantes:

FORMAS DO CONHECIMENTO DO DIREITO

	No plano filosófico ou transcendental:	*No plano científico-positivo ou empírico:*
Como *Fato*	— Culturologia Jurídica	Sociologia Jurídica, História do Direito, Etnologia Jurídica, Psicologia Jurídica.
Como *Valor*	— Deontologia Jurídica	Política do Direito.
Como *Norma*	— Epistemologia Jurídica	Ciência do Direito ou Jurisprudência (Teoria Geral do Direito, Dogmática Jurídica e disciplinas jurídicas particulares).

Como se vê, enquanto a ciência positiva se situa necessariamente em uma atitude *realista ou empírica* (no sentido de que não reduz o objeto às condicionalidades subjetivas, nem faz da correlação sujeito-objeto um seu problema essencial e prévio) já a atitude filosófica é, a nosso ver, necessariamente *transcendental,* pois, ao indagar das condições primeiras da realidade (da realidade jurídica, entre outras) só o pode fazer tendo em conta o sujeito cognoscente, em sua universalidade, e o objeto em correlação essencial com a subjetividade espiritual.

Como Husserl nos esclarece, a atitude natural da ciência positiva é sempre realista no sentido de que não reduz, nem subordina a realidade a condições subjetivas, nem faz da correlação sujeito-objeto um problema essencial e prévio [32]. Ao contrário, a ciência positiva, como ciência de realidades, parte do pressuposto metodológico da autonomia do objeto, como dado empírico, cujas leis procura explicar. O mesmo ocorre no domínio da Ciência Jurídica, o que torna compreensível a natural tendência do jurista, enquanto tal, no sentido de acolher com mais simpatia as interpretações filosófico-positivas do Direito, aquelas, isto é, que não põem qualquer distinção essencial entre Ciência e Filosofia. Sob esse prisma, já foi dito com razão que o "positivismo jurídico" é o "lugar geométrico" da mentalidade do técnico ou prático do Direito.

32. Cf. HUSSERL, *Idées Directrices pour une Phénomenologie,* trad. de Paul Ricoeur, 4ª ed.. págs. 32 e segs.

Já é diverso o plano em que, a meu ver, deve colocar-se o filósofo ao converter a própria ciência positiva em um de seus problemas, e ao apreciar a realidade jurídica em sua conexão essencial com o sujeito cognoscente. Uma indagação do objeto, que ponha entre parênteses a sua referência ao sujeito, para considerá-lo metodologicamente *ab extra,* é, repito, a atitude natural e inevitável do conhecimento positivo. Em Filosofia, ao contrário, não é admissível, a meu ver, o estudo de qualquer objeto a não ser como momento de um processo ontognoseológico, o qual é, em si, uno e concreto. A rigor, mesmo o positivista, para chegar à conclusão do monismo metodológico, não pode deixar de partir de uma atitude critica que ponha em dúvida, ou em crise, a "atitude natural" do conhecimento, indagando da condicionalidade do objeto pelo sujeito, ou vice-versa. A essa atitude crítica, peculiar à Filosofia, como pesquisa dos supostos ou pressupostos da Ciência, é que se deve denominar *transcendental,* como se usa desde a contribuição decisiva de Kant na reformulação do problema gnoseológico.

Cumpre observar que, na anexa "Discriminação do saber jurídico", a *Lógica Jurídica* ocupa uma posição preambular em relação à Teoria Geral do Direito. O termo *Lógica Jurídica* é tomado em sua acepção mais ampla, compreendendo tanto a *Lógica formal ou analítica* — na qual se destaca a *Deôntica Jurídica,* ou Lógica do "dever ser" ou do normativo — quanto a *Lógica concreta ou dialética* — a qual versa sobre o *discurso Jurídico* (Teoria da argumentação ou Tópica jurídicas) assim como sobre os fatos e atos jurídicos mesmos em seu imanente desenvolvimento *(Concreção jurídica).*

Tais estudos são realizados, hoje em dia, em íntima conexão com os problemas da linguagem, a tal ponto que, segundo alguns, a Lógica não seria senão um aspecto da *Semiótica,* ou teoria geral dos signos. A *Semiótica* se desdobraria, por sua vez, em *Semântica* (teoria das designações ou significados dos signos), *Sintática* (estudo das conexões formais dos signos entre si) e *Pragmática* (relativa às aplicações ou projeções dos signos no plano prático).

Cabe, outrossim, observar que entre Lógica Analítica e Lógica Dialética não há um abismo intransponível, mas antes natural

relação de complementariedade, verificando-se, atualmente, até mesmo alterações na Deôntica Jurídica, nos quadros da chamada Lógica paraconsistente — da qual Newton Afonso da Costa é pioneiro — para torná-la tanto *descritiva* como *prescritiva,* em função da multidimensionalidade do Direito [33].

Por fim, concluímos estas breves anotações sobre a posição da Lógica no quadro científico do Direito, lembrando que a *Metodologia Jurídica* representa uma explicitação ou aplicação analítico-sintética da experiência jurídica, quer lenha em vista o aspecto hermenêutico, quer o momento construtivo-sistemático do ordenamento jurídico, porquanto o problema do método mais adequado ao estudo de qualquer porção da experiência jurídica sempre se põe *em função* desta e da natureza e estrutura da realidade observada.

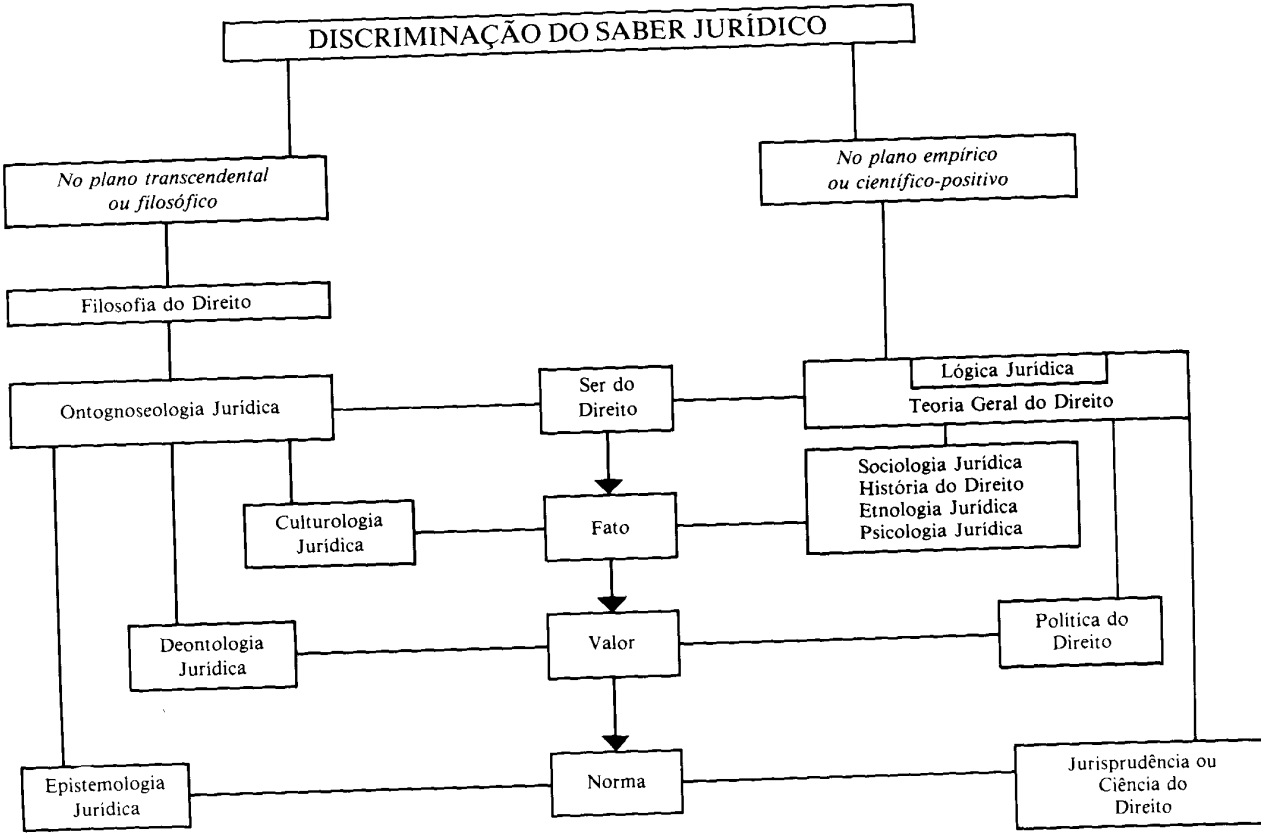
Sendo a Metodologia Jurídica o estudo das técnicas e processos de compreensão e construção dos sistemas jurídicos, e destinando-se a aplicar os modelos jurídicos à vida concreta, entendem alguns autores que ela se insere na Ciência do Direito mesma, mas, a rigor, representa o elemento de conexão entre a Lógica Jurídica e a Teoria Geral do Direito, assinalando o momento de aplicação daquela em função das múltiplas peculiaridades do Direito positivo'"*.

Como assinalamos na 1 Parte deste Curso, todo estudo lógico concreto ou funcional culmina necessariamente no momento *metodológico* de sua aplicação aos distintos campos de pesquisa".

33. Cf. Miguel Reale, *Nova Fase do Direito Moderno,* cit., pág. 131.

34. Para maiores esclarecimentos dessa matéria v. o *Direito como Experiência,* cit., págs. 65-74e págs. 133 e segs., e *Lições Preliminares de Direito,* cit., capítulo VIII.

35. *Vide supra,* págs. 29 e segs.


DISCRIMINAÇÃO DO SABER JURÍDICO
No plano transcendental ou filosófico
No plano empírico ou científico-positivo
Filosofia do Direito
Ontognoseologia Jurídica
Ser do Direito
Lógica Jurídica
Teoria Geral do Direito
Culturologia Jurídica
Fato
Sociologia Jurídica
História do Direito
Etnologia Jurídica
Psicologia Jurídica
Deontologia Jurídica
Valor
Política do Direito
Epistemologia Jurídica
Norma
Jurisprudência ou Ciência do Direito